

MARÍA ACALE SÁNCHEZ. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 223 páginas (p. 455)

Iván Fabio Meini Méndez

María Acale Sánchez, Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz, estudia en esta monografía el fenómeno de la llamada «violencia doméstica», trabajo que en esencia se corresponde con el que presentó como segundo ejercicio al Concurso para la provisión de una Plaza de Profesora Ordinaria de Derecho Penal del Centro Universitario de Estudios Superior de Algeciras, adscrito a la Universidad de Cádiz.

No obstante tratarse de un libro de Parte Especial y, como tal, estar edificado sobre la base de una normativa específica –en este caso el artículo 153 del Código Penal Español modificado por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio-, la sistemática utilizada y el análisis tripartito (histórico, criminológico y dogmático) por un lado, y el permanente recurso a categorías de Parte General, por otro, permite a la autora ofrecer un certero y claro enfoque jurídico-penal sobre los malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar. Ello, unido a que los «malos tratos» no es patrimonio exclusivo de una determinada legislación, antes bien, se trata de una realidad social que no conoce fronteras, permite que *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar* sea una válida fuente de consulta universitaria y judicial en todos aquellos sistemas que, con las particularidades del caso, tipifican estos delitos.

En la primera parte del libro se incorporan las necesarias referencias a los documentos pre-legislativos y las aproximaciones al derecho comparado. Se parte de la Reforma de 1989, en cuya virtud se elevó a la consideración de delito los malos tratos en el ámbito familiar que hasta aquel entonces sólo podía ser subsumido dentro de la falta de malos tratos, hasta la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 14/1999, **(p. 456)** de 9 de junio, pasando por el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1991, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, el Anteproyecto de Ley Orgánica

de Código Penal de 1994, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal del mismo año y el Código Penal de 1995 en su versión original. La evolución de la regulación del delito de malos tratos en el ámbito familiar que se manifiesta en estos textos ofrece la ventaja de realizar interpretaciones de orden histórico, las mismas que se manifiestan a lo largo del trabajo, especialmente en la calificación del tipo de lo injusto de malos tratos físicos y/o psíquicos como delito de resultado, en la concreción de la habitualidad como elemento objetivo y en el rechazo de la tentativa.

Con base en un análisis histórico la autora destaca, en el plano sustantivo de la normativa vigente, la incorporación de la violencia psíquica junto a la física como medio de comisión del delito; la inclusión de los ex cónyuges o ex compañeros sentimentales de las víctimas como potenciales sujetos activos; y, la definición legal de la habitualidad en el ejercicio de los actos de violencia: *“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 la comprendidas en este artículo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”* (p.41-42). En el plano procesal se muestra conforme con la eliminación de la necesidad de interponer denuncia por las faltas de malos tratos y psíquicos en el ámbito familiar y con la posibilidad que tiene de decretar como medida cautelar en supuestos de malos tratos que el reo no resida en determinados lugares (p.44). A consideración de ACALE SÁNCHEZ la valoración conjunta de la normativa sustantiva y procesal responde a las cuestiones que la doctrina venía reclamado en el ámbito de los malos tratos, pero ofrece, sin embargo, nuevas interrogantes que ameritan la reflexión y que aborda en la segunda y tercera parte de su monografía.

La segunda parte del libro se corresponde con el acercamiento criminológico al fenómeno de la violencia en el ámbito familiar. Bajo este punto de vista el tema de estudio es enfocado estadísticamente sobre la base de las Memorias del Ministerio del Interior de los años 1990/97, y se complementa luego con un interesante análisis sobre la justificación de la intervención del Derecho penal en el ámbito de los malos tratos, una de las acápites del libro en donde destaca el aporte de la autora al estudio de las violencias físicas y psíquicas habituales.

Un estudio criminológico así orientado le permite, por un lado, describir la realidad de los malos tratos: la mujer es víctima de este delito siempre en cifra **(p. 457)** superior a la del hombre; sólo cuando hombres y mujeres son menores de 18 años se aproximan las cifras lo que indica que durante

dicho período ambos son agredidos por sus padres; a partir de los 50 años de edad la cifra decae considerablemente con relación a ambos sexos por la muerte natural de uno de los cónyuges; en la mayoría de casos el agresor es un hombre, tanto si el agredido es una mujer como un hombre (p.54-56). Y le permite, por otro, llamar la atención sobre la dificultad de precisar el número real de violencias ejercidas en el ámbito familiar puesto que es un dato que con frecuencia se considerará *secreto de familiar*. Esto genera consecuentes dificultades en orden a la determinación de los hechos y al ejercicio de pruebas judiciales, ya que serán escasos los casos de un testigo que no pertenezca al núcleo familiar y los existentes en éste actuarán bajo el influjo psicológico de los lazos familiares (p.57).

Las consideraciones de política-jurídica que se abordan en esta parte del libro van más allá de la simple legitimación de la intervención del Derecho penal en este campo. Se propone una política integral de educación, prevención y protección de la víctima en materia de malos tratos, en la que la participación del Derecho penal debe respetar su naturaleza de *ultima ratio*. Sobre la base de que *“la solución óptima, pasará por no confundir la política social con la política criminal y por la integración de los intereses de la víctima dentro de los fines del Derecho penal de forma subalterna a la actuación sobre el delincuente”* (p.61), ACALE SÁNCHEZ postula una intervención dual: (a) neutralizar el «encubrimiento cultural» por medios de control social ajenos al Derecho penal y (b) la protección penal del bien jurídico protegido en el delito de malos tratos.

(a) En la lucha contra el «encubrimiento cultural» se identifican tres momentos. El primero importa que la víctima se revele contra la situación de abuso denunciando públicamente la agresión y rompiendo el silencio cómplice familiar. Claro está que el comportamiento de la víctima estará condicionado por –y por eso tiene que ir acompañado de– una educación que no discrimine a la mujer en preferencia del hombre y por los respectivos remedios sociales que un Estado Social y Democrático de Derecho (asistencia médica y psicológica, casas de acogida, etc.) se encuentra obligado a implementar. La segunda fase se verifica en el momento de la agresión, en la cual el Estado ha de estar en condiciones de ofrecer a la víctima los medios necesarios de asistencia. En la tercera fase, íntimamente ligada con la anterior, el Estado habrá de poner en funcionamiento su aparato judicial sin perder de vista las condiciones de inseguridad de la víctima. Este objetivo aconseja la inmediata separación controlada entre agresor y víctima, lo que se conseguirá aislando a las propias víctimas en centros de acogida y, excepcionalmente, con el ingreso del agresor en prisión (p.61-63). (p. 458)

(b) En lo que le compete al Derecho penal en la lucha contra los malos tratos hay que estar a la salvaguarda de su carácter fragmentario y al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por ello, el estudio de la justificación de la intervención del Derecho penal en el campo de los malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar no puede entenderse agotado hasta que se aborda y delimita el contenido del bien jurídico protegido en estos delitos. Aún así, en este apartado cobra relevancia la importancia que se otorga a la víctima en tanto que sus legítimos intereses se han visto frustrados por la comisión del delito, situación que aconseja interpretar los preceptos penales en clave criminológica. Acorde con ello, luego de tomar postura por la teoría dialéctica de la unión formulada de ROXIN en virtud de la cual a la pena se le reconoce su función dependiendo del momento: conminación legal, determinación judicial o ejecución de la pena, la autora insiste en la participación de las víctimas en los programas preventivos especiales de reeducación del agresor, algo que, en su concepto, podría beneficiar no sólo al agresor sino a la propia víctima ya que ésta ha de también reinsertada y recuperar la seguridad en si misma en cuanto persona (p.67).

La tercera parte del libro está dedicada al análisis dogmático del delito de malos tratos físicos y psíquicos habituales en el ámbito familiar. En ella, contrariamente a la doctrina mayoritaria, califica al tipo de lo injusto objeto de estudio de delito de resultado. Así, sostiene que cuando la ley señala "*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre ...*" el resultado queda representado por el "*maltrato de obra*" en el caso de malos tratos físicos (p.97) y por la "*vejación*" que sufre la víctima en el extremo de malos tratos de carácter psíquico (p.98). Esta interpretación encuentra su razón de ser en la necesaria reivindicación de la autonomía del delito de malos tratos respecto al de lesiones, puesto que históricamente se había concebido al primero como la *mera actividad* del segundo que si exigía un *resultado* representado por la lesión de la integridad psico-físico del hombre. De esta manera, se reconoce un resultado propio del delito de malos tratos que está en íntima relación con los actos violentos: las consecuencias lesivas que la violencia física o psíquica ocasiona en el sujeto pasivo.

Sobre la base del verbo rector «ejercer» que tiene una inequívoca connotación activa la autora descarta la posibilidad de imputar el delito de malos tratos en el ámbito familiar en comisión por omisión. Esto le obliga a negar la posibilidad de calificar de coautor al cónyuge que se mantiene pasivo mientras el otro ejerce malos tratos sobre los hijos comunes (p.192). Respecto a la habitualidad de la violencia física y/o psíquica,

elemento típico del delito de malos tratos en el ámbito familiar, ACALE SÁNCHEZ se muestra conforme con la normativización efectuada por el legislador en el párrafo 2º del art. 153 CP Español del concepto **(p. 459)** de habitualidad criminológica. Para su determinación estima válida la consideración de actos singulares constitutivos de falta de malos tratos ya que, aún cuando no se pueda castigar por la falta por estar, por ejemplo, prescrita la acción, si resulta un medio de prueba válido a los efectos de demostrar la habitualidad del mal trato (p.119). Del mismo modo, llama la atención sobre la *"intercambiabilidad del objeto material"*, lo que le permite afirmar la habitualidad en los malos tratos aún cuando los actos de violencia no se ejerzan sobre la misma persona sino que es suficiente con que el agresor se dirija algunas veces contra uno de los miembros del grupo familiar y otras contra otros (p.119,140).

En la concreción del bien jurídico se inicia por ubicar el tema en el contexto en que los malos tratos tienen lugar, esto es, en el ámbito familiar. A partir de ahí deduce que si el legislador se ha preocupado por castigar penalmente los actos de violencia en el ámbito familiar y no en otros es porque el bien jurídico tiene que estar relacionado con la esencia o núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar. De esta manera el bien jurídico se deriva de la dignidad pero no se identifica con ella, se trata de *"las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar"* (p. 134). Es, pues, un bien jurídico de *"titularidad compartida"* en la medida en que no es necesario que el mal trato esté dirigido contra una única persona sino que puede ir dirigido en momentos distintos contra un mismo miembro de la unidad familiar o contra los distintos miembros de ésta. En mérito a ello niega relevancia al consentimiento puesto que ninguno de los cotitulares está legitimado para disponer de él. El contenido del bien jurídico y el requisito de la habitualidad determinan que se trate de un delito de carácter permanente, ya que la afectación al bien jurídico perdurará en el tiempo más allá de los momentos en que se ejerce la violencia (p.143).

En íntima relación con el bien jurídico se encuentra la calificación del delito de especial propio al ser el bien jurídico susceptible de lesión únicamente por parte de aquellas personas que tengan acceso al ámbito familiar (ascendientes, descendientes, cónyuges, etc.). Del mismo modo, y coherentemente con la vulnerabilidad del bien jurídico, se exige el requisito fáctico de la convivencia entre el sujeto activo y el pasivo para afirmar la tipicidad de los malos tratos, de suerte que los actos violentos ocurridos entre en ex-cónyuges o separados requieren de esta característica para

ser considerados penalmente relevantes (159). Siempre sobre la base del bien jurídico, ACALE SÁNCHEZ llama la atención sobre la laguna de punibilidad que significa la imposibilidad de castigar como delito de malos tratos en el ámbito familiar las agresiones entre hermanos, así como la **(p. 460)** necesidad de establecer una distinción a efectos de pena cuando los malos tratos físicos o psíquicos se ejerciten sobre menores (p.163).

La corrección razonable y moderada a la que se encuentran obligados los padres frente a sus hijos es un corolario de la patria potestad que ACALE SÁNCHEZ ubica en el art. 154 del Código Civil, en virtud del cual los actos de corrección que los padres ejecuten se llevarán a cabo siempre en beneficio y de acuerdo a la personalidad de los hijos. La lectura inversa indica, entonces, que los hijos tienen derecho a ser educados de acuerdo con su personalidad y todos los actos que estén encaminados hacia este objetivo tienen que ser, en consecuencia, en su beneficio. Esta consideración, junto al postulado pedagógico que indica que los actos violentos habituales carecen de eficacia educativa sobre los hijos, aconsejan que el derecho de corrección (*us corrigendi*) no opere como causal de exclusión de antijuridicidad en favor de quien ejerce la violencia en el ámbito familiar (p.181-183). Ello no obstante, la autora no niega que determinados actos de corrección como pequeños golpes o pequeñas privaciones queden amparados por la adecuación social de la conducta o la insignificancia de lesión del bien jurídico, amén de lo cual no deben ser desterradas del derecho de corrección.

Los actos de defensa que la propia víctima despliega contra su agresor no ofrecen dificultades para su calificación de legítima defensa. Sin embargo, merece traer a colación las interesantes matizaciones que efectúa la autora. En primer lugar, en tanto delito permanente los actos tendentes a neutralizar la agresión ilegítima en agravio propio como en agravio de otros miembros del grupo familiar pueden tener lugar durante cualquier momento de la permanencia (p.185,188-189). En segundo lugar, si todavía no se ha producido la primera agresión puede aplicarse la eximente del estado de necesidad en tanto concurren los demás presupuestos (p.186). En tercer lugar, en la evaluación de la racionalidad del medio empleado se debe tener en cuenta la desproporción de fuerzas físicas entre el hombre y la mujer, algo que, visto el requisito de habitualidad en los malos tratos, es ya conocido por la mujer agredida. Se debe tener en cuenta asimismo que la exigencia de alejarse del lugar (huida) en la mayoría de casos se ha intentado sin éxito anteriormente, al igual que los intentos de separación y acudidas por parte de la policía (p.189). En cuarto lugar, en el ámbito de

los móviles recuerda que el necesario ánimo de defenderse no tiene porqué excluir a otros móviles (p.190).

El que se decante por calificar de especial propio al delito de malos tratos impide calificar de autor a quien no se encuentra vinculado con la víctima por una de las relaciones personalísimas estipuladas por la norma. La solución a la (p. 461) problemática que plantea la participación de *extraneus* en este delito se ha de regir por las reglas de la autoría y participación. Acorde con ello, con el fin de mantener la unidad del título de imputación ACALE SÁNCHEZ recurre a la calificación del *extraneus* como partícipe, aún cuando *"con anterioridad esos mismos actos hayan sido calificados, en virtud de la teoría del dominio del hecho, de autoría y no de participación ..."*(p.191). Señala también que *".. no podría ser considerado coautor en comisión por omisión el cónyuge , por ejemplo, que permite que el otro ejerza sobre el hijo actos de violencia física o psíquica pero no por problemas de la teoría de la autoría en los delitos especiales sino porque como se ha visto, el tipo exige una actuación positiva y no omisiva; estos actos pueden ser calificados de cooperación necesaria o de complicidad"* (p.192). En otras palabras, reconoce la participación omisiva en delitos comisivos que, como quiera que no cuenta con el respaldo de la doctrina mayoritaria, hubiera sido aconsejable un tratamiento más profundo y detallado.

En el análisis del *iter criminis*, de cara a la consumación, asume la posición jurisprudencia en cuya virtud el rasgo de habitualidad en los malos tratos exige como mínimo tres actos de violencia. Recién a partir de ese momento se puede entender consumado el delito, aunque lo cierto es que, como sostiene la monografista, el delito no se agotará y los plazos de prescripción no empezaran a computarse hasta que los actos violentos cesen. De cara a la tentativa, afirma que según la naturaleza del delito ella no es posible puesto que un acto aislado no será sino la consumación de las faltas de malos tratos físicos o psíquicos y que sólo la suma de al menos tres actos aislados consumará el tipo del delito de ejercicio de violencia habituales en el ámbito familiar (p.194). Cabría pensar en que si la tentativa es, por definición, ausencia de alguno de los elementos objetivos del tipo, la ausencia del elemento objetivo habitualidad en los malos tratos (el supuesto del esposo que golpea a su cónyuge una sola vez pero con la intención de hacerlo reiteradamente en el futuro) bien podría ser calificado de tentativa. Asimismo, que el mal trato cubra la tipicidad de las faltas de malos tratos físicos o psíquicos no parece suficiente para negar la tentativa del delito de malos tratos físicos o psíquicos habituales en el ámbito conyugal (tentativa precisamente por

ausencia objetiva de la habitualidad), más aún cuando cabría recurrir a las reglas de concurso para resolver la presencia de un delito en grado de tentativa y una falta.

No se olvida la monografista de analizar la penalidad del delito. En este apartado llama la atención sobre la eventual sustitución de la pena privativa de libertad por la multa (situación que el ordenamiento jurídico penal peruano contempla en el art. 52 CP). Ello significa una doble victimización de las personas que sufren los actos violentos puesto que no sólo serán objeto material del delito sino **(p. 462)** que sufrirán también por el desmedro patrimonial que padece el condenado a costa de la multa ya que, por lo general, las víctimas son económicamente dependiente de sus agresores (p.197). Del mismo modo demanda la implementación de mecanismos de control que permitan asegurar el cumplimiento de penas de prohibición de acudir a determinados lugares o de residir en ellos - sobre todo la prohibición al agresor de acercarse a su víctima- y recuerda la importancia de su aplicación como medida cautelar (p.209).

En cuanto al concurso del delito de malos tratos físicos y psíquicos habituales en el ámbito familiar, ACALE SÁNCHEZ manifiesta que el precepto que da nombre a su monografía contiene *in fine* una coletilla en virtud de la cual se impondrá la pena de prisión *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*. Así, no sólo cabe recurrir a ésta especial regla en materia de concurso para castigar por el delito de malos tratos físicos y psíquicos habituales en el ámbito familiar y por los delitos de lesiones que puedan haberse cometido, sino también para castigar por el delito de malos tratos y por las distintas faltas de malos tratos en que se hayan concretado cada uno de los actos de maltrato que configuran la habitualidad del delito. Este planteamiento se muestra respetuoso del *nom bis in idem* en tanto que se protegen bienes jurídicos distintos en el primer caso, y en el segundo, a pesar del ser el mismo, la protección que ofrece cada uno está destinada a una parcela distinta (p.215,216).

En suma, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar* de María ACALE SÁNCHEZ es un libro que no se limita a comentar desde postulados criminológicos, dogmáticos y penitenciarios los preceptos que guardan relación con la violencia doméstica y las instituciones de Parte General que se relacionan con él, sino que va más allá, cuestiona y propone. Su lectura ofrecerá a los interesados una visión jurídica sobre el fenómeno de los malos tratos, realidad social cuyas consecuencias vienen tocando las fibras más sensibles de nuestra sociedad, a pesar de su

presunta aceptación por parte de determinados sectores culturales de nuestro país ... *más me pegas ... más te quiero.*