

Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar

Virginia Mayordomo Rodrigo
Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Bilbao, 2005, 213 págs.

Virginia Mayordomo Rodrigo, profesora asociada de Derecho penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián y Secretaria Académica del Instituto Vasco de Criminología (cuya sola mención nos evoca el cariñoso recuerdo de su fundador, el infatigable y quijotesco profesor Antonio Beristain, a quien medio mundo jurídico le debe una impagable amistad y cariño), publica en este libro su tesis doctoral, dirigida por el Catedrático José Luis

de la Cuesta Arzamendi (discípulo de Beristain y también gran jurista y persona rica en virtudes humanas), a la que el tribunal concedió la máxima calificación académica. La tesis versa sobre la violencia (familiar), un tema de innegable actualidad en España y en el mundo entero, porque parece que milenios de civilización nunca lograrán evitar que en la especie humana el supremo argumento de la comunicación entre individuos y grupos sea la violencia, y, cuando parece que una larga etapa de paz permitía hacerse ilusiones, la violencia regresa cuando menos se la esperaba y a veces de manos de quien menos se esperaba. Hobbes fijó el principio en una frase inolvidable: *Homo homini lupus* (con perdón de los lobos, habría que añadir para ser exactos). Y es que ya en el Mahabharata se lee: "... se habían convertido en algo peor que bestias, porque las bestias no matan a los miembros de su propia especie..." Es significativo que un relato de Boris Vian nos hable de un lobo bondadoso que en

las noches de luna llena se convertía en hombre. ¿Nos cabe la esperanza?

Naturalmente, el Derecho no puede permanecer ajeno al fenómeno. El Derecho, que pretende establecer con carácter exclusivo los supuestos en los que la violencia es legítima (la violencia del Estado para mantener el orden público y combatir la delincuencia, la violencia militar para defender la independencia del Estado frente a otros Estados, la legítima defensa de los particulares, el derecho de corrección razonable y moderada que el Código Civil todavía reconoce a los padres o tutores y que una costumbre *contra legem* permite que sea delegado en los guardadores y en los educadores, aunque éstos últimos hoy día no lo tienen tan claro...), debe arbitrar los medios necesario para prevenir, reprimir y castigar a quien emplea la violencia contra otros fuera de los casos señalados, y, no obstante que en este campo (como en los demás) la acción o reacción del Derecho es siempre tardía e insuficiente, cuando no ridícula o contraproducente, el Derecho tiene la obligación de mantener el tipo, para que al menos la sociedad se sienta (falsamente) protegida y aquél realice la función simbólica, que le “justifica” cuando nada se puede justificar, de parecer el guardián del orden y la garantía del desarrollo social, que no deja de tener gracia en una sociedad como la española, que es genéticamente anarquista pero que no deja de pedir más leyes (seguramente para darse mayor satisfacción en desobedecerlas cuantas más sean), mayor severidad con los delincuentes y la satisfacción directamente por el Estado de todas las necesidades sociales (como si el Estado

hubiera de asumir la culpa y la responsabilidad de todo lo que los particulares hacen mal o dejan de hacer). Lo malo es que en el fondo estamos convencidos de que cada uno puede hacer lo que quiera (el que da primero da dos veces...), y luego las quejas al maestro armero, a quien parece corresponder, siempre que el Gobierno o la Jurisprudencia quieran, una responsabilidad subsidiaria universal.

Y, no obstante, el Derecho no puede permanecer ajeno, porque *nihil humani a me alienum puto*... Entre la malignidad de los políticos, el afán disecador de los teóricos, el voluntarismo de los operadores y la impermeabilidad de los destinatarios de las normas, el Derecho, rodeado de enemigos cubiertos con una máscara sonriente, tiene que velar, cuidar, orientar, estimular, ayudar, exigir, proteger y sancionar a quien corresponda en cada caso, o al menos esperar que podrá hacerlo, o en el peor de los casos enseñar los dientes, soñar con la Reina de las Hadas o confiar en que peor sería no intentarlo... Y, sin embargo, no se puede abandonar ni tirar la toalla, porque sin el Derecho, o la sombra del Derecho, o la máscara del Derecho, o el eco del Derecho, la vida social sería inimaginable... Por lo tanto, paciencia y barajar, y que cada uno responda de sus hechos, de sus omisiones, de sus rebeldías y de sus sueños... (y que siga soñando).

El título del libro que me dispongo a reseñar promete ocuparse de los aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de la violencia familiar. El núcleo duro del estudio lo constituye naturalmente el aspecto jurídico, centrado en el estudio exhaustivo del artí-

culo 153 del Código penal de 1995, que tipifica el delito de malos tratos y que ha quedado hecho un verdadero galimatías, después de la reforma operada por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre (fecha quizá simbólica). Dicho estudio, como es de rigor, utiliza como falsilla la estructura de la concepción analítica del delito, desarrollada por la doctrina alemana a partir de Binding y pacíficamente aceptada por la doctrina española, como el método con mayor capacidad de inspirar sentido del orden, claridad de ideas y puntos de apoyo para una consideración en profundidad de los problemas que plantea la interpretación y aplicación práctica de los artículos de la parte especial del Código penal.

Así, tras el examen de los antecedentes de este delito, que se incorpora a la legislación positiva con la reforma de 21 de junio de 1989, la tesis aborda la determinación del bien jurídico protegido, tema crucial para orientar la interpretación de numerosas cuestiones relacionadas con el delito en cuestión, como son la antijuridicidad, la situación del tipo en el conjunto de la sistemática de la parte especial del Derecho penal, los concursos de normas y de infracciones, etc. Llama la atención la exhaustiva (este epíteto se queda corto) relación de opiniones doctrinales que la profesora Mayordomo trae a colación antes de precisar su postura personal, que se concreta en los siguientes términos: el bien jurídico protegido en el art. 153 del CP tiene un carácter mixto: de un lado, como los demás delitos de lesiones, es la incolumidad personal, en la que se integran el derecho a la integridad física y mental y al bienestar

corporal y psíquico, y de otro lado, en cuanto supuesto de abuso de una posición de dominio proporcionado por el ámbito familiar, aspecto esencial que da lugar a la estructura autónoma de este delito en el conjunto de los delitos de lesiones, el bien jurídico protegido abarca también los derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, considerados fundamentales por el artículo 10 de la Constitución española.

A continuación, el estudio del tipo, también orientado por la doctrina germánica después del finalismo, se desdobra en el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Dentro del primero, caben: la naturaleza (delito autónomo y no delito de lesiones agravado, delito de mera actividad, delito mixto de peligro abstracto y de lesión), los sujetos (unidos por una relación de matrimonio o parentesco, unidos normalmente a la convivencia, que es la causa de la mayor gravedad con que el ordenamiento considera estos hechos en comparación con los delitos o faltas de lesiones a un extraño, porque aquí el delito ha sido cometido por quien tiene precisamente por imperio de la ley el deber de proteger a quienes son sus víctimas). Los elementos normativos que he mencionado deben ser interpretados conforme al propio ordenamiento; los demás, conforme al sentido usual de las palabras. Si casi todo delito es la infracción de un deber jurídico (Binding), aquí el deber tiene una significación especial, porque el sujeto frustra o impide el desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, que es una víctima por su edad y su sujeción a otro, especialmente vulnerable.

La conducta típica supone el estudio de los siguientes elementos: violencia física o psíquica, habitualidad (requisito extremadamente vago en su formulación, finalmente desaparecido en la redacción actual del tipo), conductas constitutivas de malos tratos (que representan abandono físico o afectivo) y posibilidad de comisión del delito por omisión propia o impropia. El tipo subjetivo está constituido por el dolo, directo o eventual, sin ninguna especialidad conceptual en este delito. Otros problemas relacionados con el tipo son la tentativa (que no cabe), y la autoría y participación, cuestiones estas últimas que, por ser el de malos tratos un delito especial (sólo comisible, no por cualquiera, sino por quien tenga determinadas características, expresadas en el propio tipo), obliga a calificar por otra vía formal la conducta del extraneus que colabora o participa con el intraneus, o no impide la comisión de los hechos.

El examen de la antijuridicidad nos lleva de la mano al increíble (a mi juicio) tema del derecho de corrección inherente a la patria potestad (arts. 154.4 y 268 del CC) como causa de justificación de los malos tratos con secuelas físicas o psíquicas llevados a cabo por el padre, madre o tutor, o por otra persona (familiar, doméstico, docente) con su autorización. Virginia Mayordomo, muy discretamente, analiza textos legales, jurisprudencia y doctrina, las posibles causas de justificación (además del ejercicio de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad) y el error de prohibición, la exigencia de finalidad educativa vinculada al ejerci-

cio del derecho de corrección, la ponderación de los intereses en juego (la educación y la dignidad, que obviamente no pueden ser contradictorios) y llega a la prudente conclusión de que “el ámbito de aplicación de esta eximente ha de ser siempre sumamente estrecho”; que “requisitos del ejercicio de este derecho son la necesidad y proporcionalidad en orden a la finalidad educativa y al bien del menor”, en relación con las normas de cultura y el medio social, y que “en última instancia será la autoridad judicial la que habrá de juzgar sobre la razonabilidad de la medida de corrección”, todo lo cual la acredita como verdadera jurista y persona moderada.

Algo en el fondo de mi conciencia me impide compartir este equilibrio. A mi entender, los golpes nunca pueden ser educativos, lo que hace el padre que pega es valerse del niño para aliviar o desahogar sus propias tensiones y complejos, la lección que transmite el que pega es la de que en la vida de relación humana ha de ser el más fuerte el que imponga su razón, y no comprendo cómo un texto que en tiempos de Napoleón ya había de ser discutible se siga manteniendo en el siglo XXI con la mayor tranquilidad de conciencia. (“Es un valor cultural”, me dijo una vez una juez de Menores!). A mi entender, si pegar correccionalmente es un valor cultural, habría que pegar también a los adultos que se saltan peligrosamente un semáforo, a los que engañan en la declaración de la renta, y sobre todo a los que están transmitiendo sin empacho mensajes de violencia y de mentira a los mismos niños a través de la conducta de los

propios padres o de los medios de comunicación y la prensa infantil o juvenil. Habría que adoptar la pena del látigo, como determinadas civilizaciones, nacidas para aliarse. Tiene gracia que esos adultos se beneficien del derecho constitucional a la libertad de expresión, y que los merecedores de corrección sean los menores influidos por ellos. Es muy gracioso asimismo que en nuestro tiempo se haya implantado el diálogo con efectos supralegales en todos los ámbitos jurídicos públicos y privados (contratación, relaciones con la autoridad, huelgas laborales o políticas, consenso estatutario anticonstitucional, sanciones de cualquier género, mediación en el Derecho penal, legalización de las bandas terroristas, etc.), y que para los niños rebeldes admitamos el golpe no dialogante, en unidad de trato con los perros y con los borricos. Practicamos la política del avestruz y luego nos desahogamos con los niños, y trasladamos esta política de venganza, que cuenta con el apoyo de eminentes cerebros y de Jueces en ejercicio, a las reformas en curso de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores, quizás el único tema legislativo en que ha brillado el consenso de los dos principales partidos políticos (!). (Por supuesto, yo sé que Virginia no comparte estos criterios, y le ruego me perdone por haber aprovechado la ocasión de la reseña de su libro para liberar algo que me reconcome).

En sede de culpabilidad, a falta de requisitos típicos específicos, la autora valora el impacto especial que los temas habituales relacionados con la culpabili-

dad (imputabilidad, causas de inimputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, miedo insuperable) tienen cuando se trata de padres y de hijos. Páginas interesantes son las dedicadas a la intervención terapéutica con los adultos o con las familias que maltratan. Igualmente interesante el excursus dedicado a analizar las posibles causas de exculpación para la víctima de malos tratos que agrede al autor de los mismos, llegando a causarle la muerte. Espero que, llegada la ocasión, la jurisprudencia no será tan rácana como para exigir en la legítima defensa de un menor contra una paliza el principio de proporcionalidad que es característico del estado de necesidad, donde no hay agresión previa, pero no de una situación en la que el agresor se ha puesto a sí mismo fuera de la ley. Y que se reconozca sin ambages que nadie tiene obligación, para evitar la muerte del agresor, de soportar una paliza, que, entre otras cosas, es radicalmente incompatible con el respeto de la dignidad inherente a la condición humana (de todos los hombres, sin restricciones impuestas por determinadas civilizaciones), como son igualmente incompatibles las torturas, respecto de las cuales no cabe en absoluto ningún principio de proporcionalidad.

La doctrina duda entre definir el delito como el presupuesto de la pena o la pena como la consecuencia de delito. Sin ninguna pretensión científica, yo prefiero esta segunda orientación, porque lo que da nombre a esta rama del Derecho entre nosotros es la pena (en otros sistemas, sin embargo, se habla de Derecho criminal), característica exclu-

siva del Derecho penal, en tanto que el delito, en cuanto infracción que es el presupuesto de la sanción, y con otros nombres, es una figura jurídica compartida por lo menos con el Derecho civil y el administrativo. Para el tipo que nos ocupa, el artículo 153 del CP prevé penas de diversa naturaleza, clásicas y modernas, como reclama la actual política criminal. Las penas privativas de libertad, como ahora gozan de mal ambiente, pueden ser suspendidas o sustituidas por arresto de fin de semana (una pena que ha fracasado totalmente entre nosotros, desde el momento en que los interesados ha venido reclamando el cumplimiento acumulado, lo que desnaturaliza una pena que nació para impedir precisamente la reclusión continuada de escasa gravedad) o multa, a juicio del juzgador. Más interés tienen tal vez las penas privativas de derechos, que impiden determinadas actividades, oficios o funciones, y que están basadas directamente en la prevención general y especial, pero no tienen efectos criminógenos. Son la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y otros derechos familiares, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y del derecho de aproximación y comunicación con determinadas personas. Esta pena o medida cautelar es de las últimas incorporadas al CP con un afán fundamentalmente preventivo y de aquí el interés que se le dedica. El último epígrafe de esta parte del libro está dedicado a los problemas concursales (concurso de violencias o concurso de los malos tratos con otros

tipos de delitos, especialmente con las amenazas o coacciones).

Esto, con respecto a los aspectos jurídicos. En cuanto a los criminológicos y victimológicos, la doctoranda nos traslada una reveladora información sobre la frecuencia de los malos tratos en la sociedad española a partir de los años 70, distinguiendo diversos supuestos: contra el marido, contra la mujer, contra los ascendientes, contra los menores. La regulación jurídico-penal que se ha examinado en esta tesis no va dirigida especialmente hacia los menores, sino hacia todos los miembros de la familia convivientes en general. Sin embargo, en poco tiempo han acaecido dos hechos que han contribuido a complicar el ambiente. De una parte, la Ley llamada de violencia de género ha primado, dentro de las violencias familiares, a las que tienen por víctima a la mujer sobre las que tienen por víctima al marido o a los hijos, inventándose una diferencia de antijuridicidad que no existe y, alegando discriminaciones históricas, ha originado otra discriminación tan sin sentido como las anteriores, con la broma de que unas son discriminaciones positivas y otras negativas, como si todas no fueran a la vez positivas para el beneficiado y negativas para el postergado. (La prensa viene ya dando cuenta de las dudas de cada vez más órganos judiciales -¡ya era hora!- sobre la constitucionalidad de una norma que insiste machaconamente en que una discriminación histórica se remedia con otra discriminación de signo contrario. (!?).

Al mismo tiempo, la entrada en vigor de la L.O. de responsabilidad penal del

menor, antes aludida, ha coincidido con algunos crímenes espeluznantes que han tenido como autores a menores de edad y ello ha contribuido a crear un clima de linchamiento del menor delincuente, asimilándolo a un delincuente adulto, modificando repetidas veces la citada L.O. siempre en un sentido agravatorio para el menor, y dando la impresión de que el Derecho correccional de menores, al convertirse expresamente en Derecho penal, había de ser precisamente para los más vulnerables y recuperables de todos los delincuentes, un ejemplo de lo que la moderna doctrina denomina *Derecho penal del enemigo*. Al propio tiempo, ha habido, como ya apunté más arriba, un revivir de la exigencia de reconocer un derecho privado de corrección en favor de los padres, que ha contribuido, con los demás signos aludidos, a potenciar en pleno siglo XXI el refrán paleolítico de que la letra con sangre entra.

La excelente tesis doctoral que estoy reseñando se complementa con un amplio y también novedoso capítulo sobre la intervención social en el maltrato familiar, recapitulando los recursos que la comunidad pone a disposición de las víctimas de violencia familiar para pedir información, ayuda o asesoramiento: servicios sanitarios y médico-forenses, policía, servicios de Ayuntamientos y Diputaciones, obligación procesal de denunciar y de mantener el secreto profesional, medidas judiciales en el ámbito civil (causas de separación, medidas provisionales, propuestas del Ministerio Fiscal) y en el ámbito penal, en el que resaltan las medidas cautelares

introducidas en los últimos tiempos en las inacabables reformas de la LECrim de 1882 y las medidas complementarias, y, como recursos jurídicos a potenciar, la coordinación entre la Administración y los grupos políticos, el Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, la reforma del CC en materia de separación y divorcio, los Servicios de Violencia Familiar en las Fiscalías y especialización de los Jueces y Juzgados, lo que se ha provisto más tarde con el absurdo sistemático de mezclar los temas civiles y penales para la violencia de género (que afortunadamente no es el tema de este libro). Finalmente, la autora no se olvida de pasar revista a la prevención e intervención en el maltrato y abandono infantiles. El obligado capítulo de conclusiones, propio de las tesis doctorales, y una más que suficiente bibliografía sobre la materia estudiada cierran un trabajo de investigación modélico, que es sistemático en su exposición, claro en sus planteamientos, ameno en su lenguaje y redacción, comprometido, y a mi juicio revelador de la ilusión de la autora por el oficio que ha elegido. En un mundo que va a la deriva, y donde los profesionales muchas veces no saben otra cosa que practicar la política del avestruz o dialogar con los ecos, todo lo que me ha saltado a los ojos en esta tesis es digno de una valoración muy positiva, y también de agradecimiento a los colegas jóvenes disueltos a coger el testigo. Les deseamos de corazón buena suerte.

Francisco Bueno Arís

Profesor emérito de la U.P. Comillas
Abogado del Estado jubilado