

DE LA ASEXUALIDAD DE LA LEY PENAL A LA SEXUALIZACIÓN DEL PROBLEMA DE LOS MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR (p. 103)

María Acale Sánchez

SUMARIO: *I. Acotación del ámbito de estudio. II. La protección penal de las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar en el Código Penal español. III. La protección de las víctimas de la violencia familiar en el ordenamiento jurídico peruano: la Ley 26.260. IV. El bien jurídico que subyace a las relaciones familiares. V. Los malos tratos en el ámbito familiar como un problema de género.*

I. ACOTACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO

En un sentido amplio, el fenómeno de la violencia o de los *malos tratos hacia la mujer* abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto. La *IV Conferencia de Naciones Unidas sobre las Mujeres* celebrada en Pekín en 1995 definió la violencia contra las mujeres como «todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual, psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres, ya se produzca en la vida pública o privada»¹. Como afirma Terradillos Basoco esta definición se está haciendo referencia a «las agresiones que el varón, asumiendo papeles de dominio e **(p. 104)** instrumentalización, hace víctima a la mujer, como figura sometida e instrumentalizable»².

En esta *amplia* definición se incluyen un número heterogéneo de agresiones que afectan a bienes jurídicos de distinta consideración y que se centran en los ámbitos familiar y laboral³. En el primero, se entienden comprendidos los

¹ Vid, MARTÍN PALLÍN, p. 45 y ss.

² TERRADILLOS BASOCO (1998), p. 54.

³ También los niños son objeto de malos tratos en el ámbito familiar de manos de sus padres y «de sus madres», pero esta es una cuestión ajena al trabajo que en estos momentos nos ocupa: Vid., ACALE SÁNCHEZ, p. 51 y ss.

atentados contra la vida, la integridad (física, psíquica y moral) y la libertad (de decisión, ambulatoria y sexual). En el segundo, se consideran malos tratos hacia la mujer su discriminación por razón de sexo, así como el acoso sexual.

Todos estos bienes jurídicos están protegidos en mayor o en menor medida por los Códigos Penales actuales de los países de nuestro entorno cultural; ahora bien, semejante protección se lleva a cabo *sin prestar especial atención* a la distinción entre los géneros de los sujetos activos y pasivos, falta de atención que no ha de ser interpretada en sentido negativo; muy al contrario, constituye un verdadero logro histórico para la dignidad de la mujer la eliminación de la discriminación que hacia ella se operaba *ope legis*⁴; son ejemplos palmarios de esta clase de discriminación, el viejo delito de violación del Código Penal español que hasta la reforma de 1989 consideraba como sujeto pasivo exclusivamente a la mujer; la obligación que imponía el art. 479 (obligación que no ha desaparecido literalmente hasta la aprobación del Código Penal de 1995) al *contrayente doloso masculino* de un matrimonio ilegal a «dotar, según su posibilidad, a la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe»; la excusa absolutoria del art. 178 del Código penal peruano que hasta la reforma operada por la Ley 26.770 de 15 de abril de 1997⁵, eximía de pena al autor de un delito contra la libertad sexual «si contrae matrimonio con la ofendida⁶, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de sus padres o tutor, o a un lugar seguro (p.

⁴ Fuera del Código Penal también se aprecia esta transición eliminando (caso del ancestral *ius corrigendi* del hombre sobre la mujer) o reinterpretando (caso del *ius corrigendi* sobre el menor) la cobertura jurídica de determinadas situaciones que colocaban en distinta posición dentro del seno familiar a sus componentes, caldo de cultivo del lastre cultural que hoy estamos soportando.

⁵ La Ley N° 27.115, de 17 de mayo de 1999 ha modificado el art. 178, eliminando la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal.

⁶ ROY FREYRE -p. 213- afirma que el Código Penal español de 1995, porque no excluye la responsabilidad criminal en caso de posterior matrimonio con la víctima en los delitos contra la libertad sexual «es un texto conservador». Esta afirmación no puede ser compartida: el legislador español no es conservador en medida alguna; lo único que sucede es que ha identificado un bien jurídico protegido en estos delitos -la libertad e indemnidad en materia sexual- que no tiene nada que ver con «la honestidad de la mujer frente a la sociedad», único y con fortuna abandonado «bien jurídico» que podría verse reestablecido con el posterior matrimonio.

105) *ro*⁷; o el actual art. 181 del mismo texto punitivo en el que se agrava la pena del delito de proxenetismo -entre otros motivos- si «la víctima es *cónyuge, concubina*, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su *cónyuge o concubina*, o si está a su cuidado».

Dicha situación legal, a la par que ofrecía un «plus» discriminatorio de protección a la mujer la relegaba a una posición inferior a la del hombre, poniendo con ello de manifiesto el sexo masculino del legislador que articulaba tipos penales para «velar» por la dignidad *de sus madres, esposas o hijas*, es decir, para velar por el papel que tradicionalmente ha venido desempeñando la mujer en el ámbito familiar, quedando ella en sí misma considerada huérfana de protección; consagrado constitucionalmente el derecho a la igualdad en virtud del sexo (art. 14 y 2.2 de las Constituciones española y peruana, respectivamente) se ha ido abandonando semejante visión instrumentalizadora de la mujer, y se ha procedido a proteger sus intereses de forma paritaria a la de los hombres, bajo los auspicios de la dignidad humana. Todo lo que no sea partir de estas premisas, será pues una forma -legal en este caso- de maltrato hacia la mujer.

Por ello, para dar protección a esos distintos bienes jurídicos con cuyo menoscabo se «maltrata» a la mujer es preciso acudir a los tipos penales en los que no se distingue el sexo ni del agresor ni del agredido. sí, en el Código Penal español, los delitos contra la vida han de ser castigados según lo dispuesto en los arts. 138-142; los ataques a la integridad física o psíquica, mediante los delitos de lesiones de los arts. 147-152 (si la lesión no requiere tratamiento médico o quirúrgico, será castigada como falta por el art. 617.1); los atentados (**p. 106**) contra la integridad moral por el delito de trato degradante del art. 173 (si dicho atentado no reviste la gravedad suficiente exigida por el precepto, será aplicable la falta de vejaciones del art. 620.2); los que afecten a su libertad de decisión por medio de las amenazas (arts. 169 y siguientes); su libertad ambulatoria queda protegida por los delitos de detenciones ilegales y secuestros de los arts. 163-170 y,

⁷ Afirman BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO -p. 237- que la restitución al poder de sus padres o tutor -si la víctima es menor de edad- o a un lugar seguro -si es mayor de edad- «está justificada por cuando es necesario que el sujeto pasivo salga del ámbito territorial donde el autor del delito puede ser capaz de ejercer directamente su influencia sobre las decisiones de la víctima, viciando, en consecuencia, las posibilidades de que ésta adopte una decisión de manera voluntaria».

finalmente, su libertad sexual por los delitos tipificados en los arts. 178 a 194.

Ahora bien, si estas conductas se llevan a cabo por un cónyuge hacia el otro, con independencia del sexo de ambos, se tendrá en consideración el parentesco como circunstancia que -en este caso- agrava la responsabilidad criminal según lo dispuesto en el art. 23 del texto punitivo español.

También el Código Penal español ofrece protección a la mujer como miembro del ámbito laboral a través de dos concretas conductas: el delito de discriminación laboral por razón de sexo (art. 314) así como el de acoso sexual en igual ámbito (art. 184)⁸.

Todas estas conductas son consideradas en sentido amplio «malos tratos» hacia la mujer, pero a ninguna de ellas se refiere el Código Penal con tal denominación: penalmente, se consideran malos tratos aquellos comportamientos que no son constitutivos de delito ni de falta de lesiones, es decir, que no necesitan para su curación ni tratamiento médico o quirúrgico ni tan siquiera asistencia facultativa. Estos son precisamente los elementos negativos que configuran la falta de malos tratos del art. 617.2: es por tanto, un tipo de recogida⁹.

La situación no es muy distinta en el Código Penal peruano de 1991: así, la vida de la mujer cuando es atacada por su cónyuge se protege a través del delito de homicidio con *nomen iuris* propio, el parricidio del art. 107, en el que la relación de parentesco es elemento del tipo¹⁰; los ataques a su salud mediante el delito de lesiones del art. 121-A en el que también se presta especial consideración al parentesco (junto a ello, el art. 441 castiga la falta de lesiones, en la que se considera también circunstancia agravante el ser la víctima menor de catorce años y el agente su padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquél, y a **(p. 107)** criterio del juez, cuando sean los sujetos a que refiere el art. 2 de la Ley 26.260¹¹). Es también circunstancia

⁸ Tras la reforma que el mismo ha sufrido mediante la LO N° 11/99, de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, p.72 y ss.

¹⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, p. 46.

¹¹ Esto es: «cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales».

tenida especialmente en consideración para agravar la pena el hecho de que el sujeto pasivo del secuestro sea pariente, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, según dispone el art. 152.5.

Junto a ellos, la libertad sexual de la mujer en el ámbito familiar queda protegida a través de los atentados genéricos contra este bien jurídico de los arts. 170 y siguientes y, finalmente, el delito de coacciones del art. 151¹² protege la capacidad de actuación. En estos dos últimos supuestos, en la medida en que la parte general del Código peruano carece de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal -agravante o atenuante- del parentesco, si la víctima del atentado a la libertad sexual o a la capacidad de actuación es cónyuge del sujeto activo la pena no será agravada. Una interpretación contraria -esto es, que la libertad sexual o de decisión en el ámbito de las relaciones de pareja no quedan protegidas penalmente- sería torticera.

También en este texto punitivo se hace referencia al concepto de «maltrato» en el ámbito de las faltas en el art. 442 en el mismo sentido que en el Código penal español: es por tanto un concepto de recogida en el que se incluyen agresiones no constitutivas de delito ni de falta de lesiones.

Ahora bien, tanto en la falta de malos tratos del Código español como en la del Código peruano, se agrava la responsabilidad criminal cuando exista una especial relación entre los sujetos activos y pasivos. Así el párrafo 2 del art. 617.2 del Código español agrava la pena cuando el ofendido fuere el cónyuge o persona a que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho. Por su parte, el art. 442 del Código peruano también agrava la pena cuando el agente es cónyuge o concubino.

Hasta este punto por tanto, existe un gran paralelismo entre las faltas de malos tratos en el ámbito familiar en los Códigos Penales español y peruano. Sin embargo, a partir de este momento, los caminos se bifurcan: la falta de **(p. 108)** malos tratos en el ámbito familiar sirvió de base en su momento para construir el delito de malos tratos en el Código penal español

¹² En el que se incluyen también las amenazas: Vid. TERRADILLOS BASOCO (1998), p. 22.

del actual art. 153¹³; por el contrario, esta misma falta en el Código Penal peruano sirve de base, a lo más, para la aplicación de la *Ley 26.260 de Protección frente a la violencia familiar*¹⁴, ley que viene a dotar de contenido extra penal a las relaciones familiares y, dentro de ellas, al papel que desempeña la mujer en el seno de la familia.

En este trabajo va a someterse a estudio la protección legal ofrecida a las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar. Respetando la perspectiva asexuada del legislador, semejante análisis se va a realizar sin hacer mención al sexo de los agresores y de las víctimas. No obstante, en el último apartado se presentará una visión criminológica, a través de la cual se pondrá de manifiesto la sexualización del problema.

II. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La reforma de 1989 introdujo en el Código Penal, dentro de las lesiones, el art. 425 en el que se elevaba a la consideración de delito determinados comportamientos que antes de ese momento, sólo podían ser subsumidos dentro de la falta de malos tratos en el ámbito familiar del art. 582. Las consecuencias derivadas de la aplicación de esta falta hacía que el Derecho penal se volviera en contra de las propias víctimas en la medida en que al tener la consideración de mera falta, y según dispone el art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal espa_ola, no cabría proceder a la práctica de la detención "excepto en el caso en que el sujeto no tuviera domicilio conocido ni diese fianza bastante" y, sin embargo, ante este tipo de agresiones, como regla general lo más conocido es, precisamente, el domicilio familiar donde víctima y agresor tienen establecido su particular campo de batalla. Además, la pena a imponer se reducía a un arresto menor cuyo cumplimiento, según el art. 85 del Código Penal derogado, podía ser sustituido por un arresto domiciliario, con lo cual, después del tiempo pasado a la espera de la sentencia, se producía paradójicamente y por voluntad del juzgador, a pesar de que la sustitución no era imperativa, la vuelta *obligada* del agresor al domicilio familiar.

(p. 109) Todo ello hizo que el legislador introdujera en el Código Penal en la reforma que del mismo operó la Ley Orgánica 3/89, de 21 de julio, el art. 425

¹³ MUÑOZ CONDE, p. 121.

¹⁴ Decreto Supremo N° 006-97-Jus, de 25 de junio de 1997. Este texto ha sido desarrollado reglamentariamente con fecha de 24 de febrero de 1998.

en el que se vino a consagrar el delito de violencias físicas habituales en el seno familiar y asimilados, atribuyéndose como identidad esencial del tipo delictivo y como criterio de distinción con la figura contemplada en el párrafo 2º del art. 582, *la repetición habitual del comportamiento sancionado*.

Sin embargo, pronto doctrina y jurisprudencia comenzaron a poner de relieve los defectos del nuevo precepto. Así, se dejaba huérfanos de protección a los ascendientes, quienes por el contrario sí estaban incluidos dentro de la falta de malos tratos, de forma que si el maltrato se producía de forma habitual sobre uno de los sujetos protegidos en la falta, la conducta no podía ser considerada típica a los efectos del art. 425; se limitaba el castigo a los malos tratos físicos, excluyendo los de carácter psíquicos, a pesar de que se constatará que la gravedad de estos últimos podía llegar a ser superior a la de los primeros¹⁵; la nimiedad de la pena a imponer, lo que provocaba en la mayoría de los supuestos que, al carecer de antecedentes penales, el condenado no entraba en prisión; asimismo, resultaba muy compleja la delimitación del bien jurídico protegido, condicionada, *en gran medida*, por la ubicación sistemática del precepto¹⁶.

El segundo momento decisivo en la protección de las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar se sitúa en 1995 con la aprobación del nuevo Código Penal, cuyo art. 153 tipificaba el delito de ejercicio de violencias físicas en el ámbito familiar y asimilados; no obstante, este texto legal vino a subsanar *sólo algunos* de los problemas que planteaba el anterior art. 425, si bien el legislador siguió haciendo oídos sordos a una serie de reflexiones que la doctrina, desde 1989, no había dejado de hacerse. Así, incorporó a los ascendientes; elevó considerablemente la pena a imponer, solventando de esta forma la desprotección que ya en el texto de 1989 se observaba entre la gravedad del ataque y la consecuencia jurídico-penal derivada del mismo; junto a ello, y ciertamente puede decirse que era una de las novedades más importantes del art. 153, precisaba algo más que su antecesor el bien

¹⁵ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO (1998), p. 58 entiende que «el ámbito familiar, y más las relaciones de pareja, por razones de dependencia afectiva, cuando no económica o social, dotan de relevancia especial a las agresiones de carácter psíquico, que sin tener que acompañarse de violencia física, se equiparan a ésta en gravedad».

¹⁶ Vid., por todos: TAMARIT SUMALLA, p. 176 y ss; BOIX REIG/ORTS BERENGUER/VIVES ANTÓN, p. 122 y 123; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, p. 105.

jurídico protegido con la introducción de su último inciso relativo a la resolución *ex lege* del concurso de delitos, y ello a (p. 110) pesar de la idéntica ubicación sistemática del precepto en uno y otro texto legal. Todas estas mejoras no conllevaron sin embargo la perfección del precepto; por el contrario, como casi todo, era mejorable.

Efectivamente, cuatro años después del nacimiento del Código de 1995, la protección que en el mismo se ofrecía a las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar ha sufrido una profunda modificación¹⁷ movida por los acontecimientos vividos durante estos años en un país que cada mañana se levantaba sorprendido por la noticia de una nueva víctima de la violencia en el ámbito familiar. La frecuencia de este tipo de atentados -que ha llevado a un sector social a calificar de «terrorismo doméstico» al fenómeno¹⁸- puso sobre aviso a la opinión pública de que los mecanismos penales de tutela existentes al efecto estaban fallando, pues la nueva regulación de 1995 no había sido suficiente para acallarlas.

Junto al Código penal, también la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sufrido reformas de gran calado, todas ellas dirigidas a facilitar la protección de las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar: se elimina la necesidad de interponer denuncia por las faltas de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (párrafo 2 del art. 104), se amplían las medidas cautelares y provisionales que puede adoptar el juez en los supuestos de malos tratos a la posibilidad de decretar que el reo no resida en determinados lugares. En otro orden de consideraciones se ha reformado también el art. 109 con la introducción de un nuevo párrafo, en virtud del cual «en cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del Código Penal, el juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad».

¹⁷ LO N° 14/99, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en *materia de protección de las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar*.

¹⁸ En este sentido, durante la aprobación del texto de la reforma en el Congreso de los Diputados, la Sra. ARAMBURU DEL RIO afirmó al respecto que «la violencia contra la mujer es un acto de terrorismo por parte de quien genera la potencialidad y por parte de quien lo ejecuta»: Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 13 de abril de 1999 (n° 227), p. 12.987.

La reforma del delito contenido en el art. 153 ha afectado a sus elementos esenciales¹⁹: se ha modificado sustancialmente la conducta típica, pues junto a **(p. 111)** las violencias físicas, se tipifican las *psíquicas*; los sujetos activos y pasivos también se han visto afectados por la reforma pues se incluyen a los *ex cónyuges o ex compañeros sentimentales*. Además se han cambiado los términos utilizados para solventar el concurso entre el delito examinado y «los delitos o faltas en que se hubieran concretados los actos de violencia física o psíquica». Finalmente, el nuevo art. 153 define qué debe entenderse por *habitualidad* en el ejercicio de los actos de violencia.

Igualmente la falta de malos tratos del art. 617.2 en su párrafo 2 ha sufrido modificaciones de gran calado. Entre ellas, y la más importante es que «parece» que el legislador ha querido invertir los términos, en la medida en que con la regulación derogada esta falta era calificada por la mayoría de la doctrina como el tipo penal a partir del cual se levantaba el delito de violencias físicas en el ámbito familiar²⁰. Con la nueva redacción, es la propia falta la que se ajusta y se remite al art. 153. La remisión inversa que hace ahora la letra de la ley va a evitar la desconexión existente entre los sujetos protegidos en una y otro. Ahora bien, la única remisión que efectúa el precepto es la relativa a los «ofendidos», de forma que se ha eliminado el requisito esencial de la *convivencia* entre los sujetos activos y pasivos del viejo art. 617.2 párrafo 2. No cabe duda que esta eliminación se debe a la inclusión en el art. 153 de los *ex cónyuges y ex compañeros sentimentales*

¹⁹ El nuevo art. 153 establece: "el 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 de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, 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.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

²⁰ En contra: GRACIA MARTÍN 1996, p. 594 y 1997, p. 416.

que, como regla general, dejan de convivir, pero tampoco cabe duda de que con ello, se ha configurado una nueva falta que se distingue considerablemente de su predecesora.

La inclusión de los malos tratos de carácter psíquico en el art. 153 ha llevado aparejada también la modificación del art. 620, en el que se castiga, entre otras, la falta de vejación injusta que, a la vista de la reforma, ha sido tratada por el legislador como *la falta de violencia psíquica en el ámbito familiar*. En este (p. 112) sentido, la nueva regulación incluye un nuevo párrafo en dicho precepto: «cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar». Además añade: «en estos casos, no será exigible la denuncia a la que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

Si se atiende al último inciso del primer párrafo del nuevo art. 153 -«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»- se comprenderá que el concurso de delitos no podría establecerse si el bien jurídico protegido fuera el mismo que en los delitos ya citados. La resolución de semejante concurso pasa por identificar cuál sea éste.

III. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: LA LEY 26.260

Como se ha visto, en el Código Penal peruano no existe una figura delictiva equivalente a la contenida en el art. 153 del texto punitivo español. Sin embargo, el legislador no es ajeno al problema de los malos tratos en el ámbito familiar, si bien las acciones emprendidas son de carácter eminentemente procesal. En efecto, el Decreto Supremo 006-97-JUS de 25 de junio de 1997, contiene el Texto Único Ordenado de la *Ley 26.260 de protección frente a la violencia familiar*, Ley que ha sido desarrollada vía reglamentaria con fecha 24 de febrero de 1998.

En esencia, esta Ley se limita a señalar una serie de medidas aplicables en los casos de violencia doméstica así como los procedimientos en virtud de los cuales van a ser impuestas. No define por tanto ninguna conducta considerada delictiva ni impone consecuencia penal alguna. El supuesto de hecho consiste en la realización de una acción u omisión *relacionada* con la

violencia familiar, definida en el art. 2 de la Ley; su consecuencia jurídica, la imposición de una serie de medidas de distinto carácter.

El art. 2 define qué entiende por «violencia familiar»: «cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre: cónyuges; convivientes; **(p. 113)** ascendientes; descendientes; parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales»²¹.

Con la introducción de este último inciso se amplía el concepto de violencia familiar pues se incluyen los que se producen entre sujetos que conviven voluntariamente: el legislador ha tenido en cuenta la similitud existente entre la relación de los miembros de la unidad familiar y aquellas personas que a pesar de carecer de vínculo que los una, es decir, del requisito formal, llevan una vida semejante a la que se produce en el seno de la familia: prima pues un *concepto material de familia*.

Ahora bien, el art. 2 de la Ley no exige de forma expresa la convivencia entre los sujetos activos y pasivos de la violencia familiar, si bien ésta puede deducirse de la letra de la ley: en cuanto a las relaciones matrimoniales, la convivencia parece necesaria pues es consustancial al matrimonio²²; del mismo modo, es exigible a las relaciones análogas a la matrimonial; efectivamente el legislador para referirse a ellas utiliza el término «conviviente»; también se exige la convivencia en el supuesto contemplado en el último inciso del art. 2: aquellos sujetos que «habitan» en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; incluso cuando el art. 4 del Reglamento se refiere a los ex cónyuges o ex convivientes exige que ambos convivan temporalmente en el mismo predio. Por ello, si para considerar constitutivos de violencia familiar las agresiones entre ex cónyuges, que por definición dejan de convivir, se exige su convivencia temporal, parece que también habrá que exigir ésta en los otros supuestos -entre ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta

²¹ El art. 4 del Reglamento añade: «se entienden como habitantes del hogar familiar, entre otros, a los ex cónyuges o ex convivientes que habitan temporalmente en el predio donde reside la víctima de los actos de violencia familiar, conforme a lo dispuesto en el citado artículo, durante el momento en el que se produjeron dichos hechos».

²² TERRADILLOS BASOCO (1995) p. 85 y (1998) p. 57.

el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad-: de otra forma, no podría llevarse a cabo una vida familiar, que es *el soporte* de tales actos.

En este sentido, hay que afirmar que el concepto de violencia familiar es un concepto doblemente dependiente: de la calificación jurídico penal de las acciones u omisiones producidas que han de estar tipificadas en el Código penal como determinados delitos o faltas y de la relación familiar; con ello se pone de mani **(p. 114)** fiesto que ni si quiera a estos efectos «procesales» se reconoce la existencia de un bien jurídico autónomo.

Desde un punto de vista objetivo, se deberían admitir como supuestos constitutivos de violencia familiar todas aquellas conductas constitutivas de delito o falta en las que se agrava la pena en virtud de la relación de parentesco, entre otros, el parricidio o el delito de secuestro. Sin embargo, esta no ha sido la opción del legislador.

Así, no se consideran acciones u omisiones relativas a la violencia familiar más que aquellas que atenten contra particulares miembros de la unidad familiar y no al colectivo social «familia». En este sentido, el término acuñado -violencia familiar- es demasiado ampuloso para el contenido que el art. 2 de la Ley le ha otorgado: violencia física contra los miembros que forman la unidad familiar. Por tanto, quedan fuera de lo dispuesto en la ley los delitos contra la familia: esto es, matrimonios ilegales, delitos contra el estado civil, atentados contra la patria potestad y la omisión de asistencia familiar.

Dentro ya de los bienes jurídicos eminentemente personales, todavía se restringe aun más el concepto de violencia doméstica: el art. 2 se refiere a acciones u omisiones que causen daños (físico o psicológico), maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves. Esos resultados son los que provocan los delitos y la falta de lesiones (arts. 121 y siguientes y 441), la falta de malos tratos (art. 442) y el delito de coacciones (art. 151).

Por otro lado, el precepto exige el daño, con lo cual, quedan fuera del concepto de violencia familiar aquellas acciones u omisiones que se lleven a cabo entre esos sujetos a consecuencia de las cuales solo se pone en peligro la salud o la libertad del sujeto pasivo: se excluye, por ejemplo el delito de exposición o abandono de un menor o incapaz del art. 125.

En el mismo sentido, y en la medida en que el legislador peruano restringe el resultado al menoscabo de la salud, parece excluirse el resultado de muerte. Esta exclusión se constata además si se tiene en cuenta que todos los procedimientos previstos en la ley otorgan un papel relevante a la víctima del

delito, entendida ésta como el sujeto pasivo. Sin embargo, podría haberse tenido en consideración las repercusiones que la muerte violenta de un cónyuge, por ejemplo, provocada por el otro puede conllevar sobre el resto de miembros del colectivo familiar: de nuevo, parece ser la perspectiva individual utilizada por el (p. 115) legislador a la hora de dotar de contenido al término violencia doméstica la que deja fuera los resultados comentados.

Como consecuencias jurídicas derivadas de la realización de una acción u omisión constitutivas de violencia familiar, la ley dispone la aplicación -en virtud de distintos procedimientos- de una serie de *medidas* que no tienen la consideración de penas, salvándose de esta forma la violación del principio *non bis in idem* al imponerse conjuntamente con la sanción correspondiente al delito cometido.

Las medidas *coercitivas* tienden a la averiguación de los hechos y vienen reguladas en el art. 7 de la Ley. En este precepto se señala que la policía podrá allanar el domicilio en caso de flagrante delito o de muy grave peligro de su perpetración. Además, podrá detener al agresor en el primer caso y realizar la investigación en un plazo máximo de 24 horas, poniendo el atestado en conocimiento de la fiscalía provincial penal que corresponda. El art. 8 del Reglamento va más lejos, pues faculta a la policía a allanar el domicilio en idénticos supuestos a los contemplados en la Ley y además, *en uno y en otro caso*, a detener al agresor. Esta disposición parece *contradecir* lo dispuesto en el art. 2.24-f de la Constitución: «nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales *en caso de flagrante delito*».

Las medidas de *protección inmediatas* que corresponde adoptar en primer lugar al fiscal provincial de familia, tienen una finalidad distinta a las anteriores: con su adopción se pretende proteger de manera eficaz a la víctima de su agresor. Por ello, nada impide la adopción simultánea de unas y otras. El art. 10 detalla alguna de ellas «sin que la enumeración sea limitativa», como son: el retiro del agresor del domicilio, impedimento de acoso a la víctima, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes y otras medidas de protección inmediatas que garanticen «su integridad física, psíquica y moral»; de la redacción empleada por el legislador parece que lo que se pretende es garantizar la integridad del propio agresor y no de la víctima. En este punto, el art. 11 del Reglamento aclara que las mismas se adoptan «para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad física, psíquica y moral» y restringe su

aplicabilidad pues el fiscal podrá adoptarlas «siempre que exista peligro por demora y resulten indispensables».

Finalmente, las medidas *cautelares* vienen también reguladas en el art. 11 y son aquellas medidas para cuya adopción es necesaria una decisión jurisdiccional, como por ejemplo, la pensión de alimentos.

(p. 116) Ahora bien, competentes para adoptar cada una de estas medidas van a ser distintos órdenes jurisdiccionales según que la acción u omisión relacionada con la violencia familiar sea constitutiva de delito o de falta. Es el fiscal provincial de familia el que, una vez que la policía pone en su conocimiento la existencia de una denuncia por un acto constitutivo de violencia familiar, «distribuye» los asuntos según la calificación jurídica de éstos. Así, si detecta que los hechos denunciados son constitutivos de delito, una vez que adopte las medidas de protección inmediatas que estime necesarias para salvaguardar la integridad de las víctimas, dará traslado del expediente al fiscal provincial de lo penal. Por el contrario, si determina que los hechos son constitutivos de falta, lo pondrá en conocimiento del juez de paz de la localidad (según dispone el art. 6 del Reglamento).

Si se trata de un delito relacionado con la violencia familiar corresponde al juez penal decretar de oficio las medidas cautelares (por ejemplo, la pensión de alimentos), las coercitivas (registro de domicilio y detención), así como las medidas de protección inmediata que no hayan sido adoptadas por el fiscal provincial de familia (art. 25 de la Ley).

En caso de falta relacionada con la violencia familiar, corresponde al juez de paz decretar las medidas de protección inmediatas, de nuevo, que no hayan sido adoptadas por el fiscal provincial de familia, pero no podrá adoptar medidas de coerción ni cautelares (art. 26 de la Ley).

Por tanto, solo con relación a éstos últimos supuestos, es decir, en casos de faltas relacionadas con la violencia familiar, podrá actuar el fiscal de familia a través del procedimiento de conciliación previsto en los arts. 13 y siguientes de la Ley para «buscar una solución que permita el cese de los actos de violencia»²³. Cuando no sea posible llegar a un acuerdo, o en aquellos otros en los que alcanzado no se cumpla, el fiscal provincial de

²³ El Título IV regula la «intervención de las defensorías municipales del niño y del adolescente». Se refiere a la conciliación ante el Defensor municipal del Niño y del Adolescente «siempre que no existan procesos judiciales sobre esta materia».

familia presentará demanda ante el juez de familia para que resuelva el asunto a través del procedimiento civil previsto en el art. 18 de la Ley y en cuya sentencia habrá que determinar si ha existido o no violencia doméstica y establecerá medidas de protección, el tratamiento que debe recibir la víctima, su familia y el agresor «si se estima conveniente», la reparación del daño, el establecimiento de una pensión de alimentos. Además, (p. 117) «en atención a la función tuitiva de este proceso, el Juez puede agregar a su decisión los mandatos que aseguren la eficacia de las pretensiones exigidas y los derechos esenciales de la víctima».

El análisis realizado en las páginas anteriores pone de manifiesto una disfuncionalidad: el fenómeno de la violencia familiar en el Perú se ha hecho merecedor de una especial tutela procesal a través de la aplicación judicial de una serie de medidas que tienden especialmente a salvaguardar con eficacia y de forma inmediata la integridad de las víctimas. Sin embargo, el concepto de *violencia familiar* está configurado a partir de un contenido que no le pertenece. Esta es pues la disfuncionalidad detectada: el derecho adjetivo carece de un derecho sustantivo «propio», pues no existe un bien jurídico *relativo* a la violencia familiar.

IV. EL BIEN JURÍDICO QUE SUBYACE A LAS RELACIONES FAMILIARES

Efectivamente, la diferencia esencial entre la regulación española y la peruana radica en que el Código penal español después de una trayectoria legislativa de 10 años ha delimitado un bien jurídico propio, que no está protegido en otros lugares del Código. Es por tanto autónomo de la integridad física o psíquica de los miembros que forman la unidad familiar, en la medida en que el interés protegido es distinto a los bienes jurídicos mencionados y a que su titular lo va a ser el propio colectivo familiar.

El ordenamiento jurídico peruano todavía no ha dado este paso decisivo; en este sentido, puede afirmarse que se encuentra en el mismo momento político criminal en el que se encontraba el Código penal español de 1989, pues la *Ley de protección de las víctimas de la violencia doméstica* ni es una ley penal ni dota de contenido propio a interés alguno: como se dijo, la violencia doméstica es un concepto dependiente de la calificación jurídico penal de los hechos según los tradicionales delitos y faltas de lesiones, coacciones o de malos tratos.

En aquel momento, la doctrina en España discutía la idoneidad del Derecho Penal para intervenir en el ámbito familiar²⁴, que hasta entonces estaba sometido al silencio y a la impunidad de la privacidad. El argumento principal a favor o en contra de dicha intervención no era otro que la identificación de *una parcela (p. 118) o un aspecto del objeto jurídico de protección que no estuviera incluido en otros lugares del Código* y que constituyera su injusto específico²⁵: en el supuesto en que se distinguiera dicho bien jurídico protegido, el recurso al concurso de delitos, tal como *ahora* específicamente reclama el último inciso del art. 153, sería la vía a seguir cuando, además del ejercicio habitual de actos de malos tratos físicos o psíquicos se produjera un resultado lesivo constitutivo de un tipo delictivo (lesiones, muertes, etc.). Este razonamiento es válido tanto para el delito como para las faltas de malos tratos físicos o psíquicos en el ámbito familiar. Además, a pesar de que tanto unas como otras protejan idéntico bien jurídico para poder castigarlas paralelamente será preciso identificar parcelas distintas del mismo en uno u otro ámbito (sólo así se evitará la violación del principio *non bis in idem*).

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos habituales en el «ámbito familiar», ha de ser identificado con el propio ámbito en el que se realizan²⁶. En la familia, el individuo no sólo nace, sino que *se forma y se desarrolla* recibiendo aquella educación de la cual depende su destino como persona y como ciudadano: la fase de la vida que se lleva a cabo dentro del seno familiar es esencial para el desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros. Las investigaciones efectuadas en materia de delincuencia juvenil, por ejemplo, demuestran ampliamente cómo el sentimiento de inseguridad, consecuencia de la falta o insuficiencia en la vigilancia afectiva de la primera infancia, es un potente factor criminógeno²⁷, propiciando la *cadena doméstica de la violencia*: «el hogar expone la forma al individuo, las técnicas y el adiestramiento para usar la

²⁴ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, p. 64; TAMARIT SUMALLA, p. 173.

²⁵ GRACIA MARTÍN 1996, p. 580; DÍEZ RIPOLLÉS, p. 115.

²⁶ Un análisis sobre las distintas posiciones doctrinales en relación a la identificación del bien jurídico protegido en el delito examinado puede verse en ACALE SÁNCHEZ, p. 121 y ss.

²⁷ DIEGO DÍAZ-SANTOS, p. 25; LIMA MALVIDO, p. 297 y ss; BARBERO SANTOS, TERRADILLOS BASOCO, ARROYO ZAPATERO, p. 9.

violencia; el esposo le pega a la esposa, la esposa al hijo y el hijo al perro»²⁸.

Así, si el legislador ha decidido castigar «las violencias» ejercidas «en el ámbito familiar y asimilados» y no en otros, de determinadas personas frente a otras que están unidas por unos lazos particularmente significativos que no son posibles de sustitución por otros, ha de entenderse que el bien jurídico protegido tiene que estar relacionado con estas características que distinguen los actos de **(p. 119)** violencias típicas a los efectos del art. 153, es decir, tiene que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar; de esta forma, puede identificarse el interés jurídicamente protegido con la relación de dependencia vital que se establece en el seno de la convivencia familiar, con las situaciones de inferioridad domésticamente creadas, con la potenciación de la inseguridad, del miedo, la minoración de la autoestima, la falta de tranquilidad, en definitiva, con las necesidades de un ámbito familiar en el que vivir y desarrollarse en el respeto a la dignidad de la persona en cuanto que tal y que impide el desarrollo integral, por un lado, de cada uno de los sujetos protegidos y, por otro, del colectivo, esto es, del grupo de personas que han de convivir en semejantes condiciones. De esta forma, la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido, pero sí las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar²⁹.

Como afirma Morente Mejias, el *familiarismo*³⁰, en la medida que es una forma de vivir juntos y de satisfacer necesidades emocionales de amor, odio, creatividad y violencia, constituye un entorno donde se aprenden y practican las bases de la interacción humana. Donde se aprende el respeto a uno mismo y a los demás³¹.

²⁸ MARTÍN, p. 127. Vid. la descripción del síndrome de Estocolmo doméstico en mujeres maltratadas en MONTERO-GÓMEZ, p. 2.

²⁹ En este sentido, la STS de 20 de diciembre de 1996 entiende que el bien jurídico protegido en el delito contenido en el art. 153 es «la paz y convivencia familiar». Vid DE VEGA RUIZ, p.73.

³⁰ Término éste que según expone el autor, «engloba además de a la propia familia, a otras estructuras más o menos estables de relaciones funcionales objetivas»: Vid. MORENTE MEJÍAS, p. 339.

³¹ *Idem*, p. 340.

Si se observa, dentro de este bien jurídico se ofrece protección a dos realidades relacionadas entre sí, pero individualizables. En primer lugar, la del concreto miembro del ámbito familiar que recibe el acto individual de maltrato. Y, en segundo, la del núcleo familiar en el que habitualmente se realizan esos actos de maltrato.

Desde la primera perspectiva, titular del bien jurídico lo es cada miembro de la unidad familiar que en su persona sufre las agresiones. Es decir, se trata de un bien jurídico individual proyectado al ámbito familiar que es el que lo identifica como propio. Desde la segunda, titular del bien jurídico lo es la unidad familiar que viene sufriendo asiduamente la repetición de actos de maltrato contra sus **(p. 120)** singulares miembros. En este caso, el bien jurídico tiene una titularidad compartida proyectada hacia cada uno de los miembros del grupo familiar que están condenados a convivir en semejantes condiciones familiares.

Puede afirmarse pues que el legislador de 1999 ha separado la protección de estos dos aspectos del bien jurídico en distintos preceptos: las faltas de malos tratos físicos y psíquicos de los arts. 617.2 párrafo 2 y 620 también en su 2 párrafo protegen la faceta individual del bien jurídico; por el contrario, el delito de malos tratos físicos o psíquicos habituales en el ámbito familiar ofrecería semejante protección a la faceta colectiva del bien jurídico «relaciones familiares». Por eso no se viola el principio *non bis in idem* con lo dispuesto en el art. 153 *in fine*, esto es, que los actos singulares constitutivos de malos tratos físicos o psíquicos se castigarán por separado.

Son muchas las consecuencias que se derivan de la identificación de semejante bien jurídico³². Entre ellas, que se produce un *acercamiento* al bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral³³, sobre todo si se tiene en consideración que el legislador ha partido de la falta de vejaciones del art. 620 como tipo hermano del delito de malos tratos psíquicos, falta que, desde que se introdujo en el Código en 1995 el delito de trato degradante del art. 173 ha sido considerada respecto a ésta también como su «hermano pequeño» en el ámbito de las faltas.

Ahora bien, a pesar de reconocer la semejanza existente entre el bien jurídico protegido en los delitos de trato degradante y de malos tratos en el ámbito familiar, no puede olvidarse que en éste último solo se da protección

³² Vid., más ampliamente, ACALE SÁNCHEZ, p. 135 y ss.

³³ CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, p. 895.

a la faceta colectiva del bien jurídico. De esta forma, si habitualmente se ejercen actos de violencia psíquica en el ámbito familiar que, a su vez, supongan un grave menoscabo de la integridad moral del sujeto al que particularmente van dirigidos dichos actos, existirá un concurso de delitos entre el delito de malos tratos psíquicos en el ámbito familiar y tantos delitos contra la integridad moral en los que se hayan concretado los actos singulares de malos tratos psíquicos. Y si esos actos individuales no son de la suficiente entidad como para suponer un atentado grave a la integridad moral, pues eso es lo que exige el art. 173, entonces entrará en aplicación la falta de vejaciones del párrafo segundo del art. 620. Por eso no hay violación del principio *non bis in idem*.

(p. 121) En este sentido, al castigar los malos tratos físicos o psíquicos en el ámbito familiar, plantea una cuestión relativa a los *efectos psicológicos de los malos tratos de carácter físico* pues al acto de maltrato físico le sucede, generalmente, como consecuencia, un maltrato psíquico³⁴. La pregunta que se suscita es si, a los efectos de configurar la habitualidad, puede tenerse en consideración, por un lado, el acto singular constitutivo de maltrato físico y, por otro, el efecto psicológico provocado por este mismo como maltrato psíquico.

La respuesta a este interrogante pasa por distinguir, como se decía, la protección del ámbito familiar de la que el Código dispensa a los miembros del mismo.

El acto de maltrato físico que a su vez suponga un atentado a la integridad moral de uno de sus miembros ha de ser calificado jurídicamente como un solo acto de maltrato físico a los efectos de configurar la habitualidad del art. 153. A su vez, daría lugar a la correspondiente falta de maltrato de obra del art. 617.2 en su párrafo segundo. Y si con el mismo se ha afectado a la integridad moral de alguno de sus miembros, entraría en aplicación el delito de trato degradante del art. 173 o la falta de vejaciones del art. 620 en su segundo párrafo, según la gravedad del ataque a la integridad moral.

Junto a ello, es consecuencia importante de la identificación de ese bien jurídico *su titularidad compartida*, afirmación que ha de suponer que si para apreciar el delito de violencias físicas en el ámbito familiar es preciso que éstos sean realizados de forma habitual, el maltrato puede ir dirigido en distintos momentos contra un mismo miembro de la unidad familiar o contra

³⁴ CRUZ BLANCA, p. 159.

los distintos miembros de ésta³⁵; por ello, para apreciar la habitualidad es suficiente con que una vez el agresor se dirija contra uno de los miembros del grupo y otra contra otros³⁶.

Esto es exactamente lo que ha venido a entender el legislador de 1999 pues dentro de la definición de la habitualidad del párrafo 2 del art. 153 se señala ahora que los actos constitutivos de maltrato van a ser castigados «con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo», es decir, de los miembros del grupo familiar.

(p. 122) Si bien, no basta con que en un mismo acto de violencia, el autor agrede a tres o a más miembros de la unidad familiar para entender por conformado el tipo, pues es preciso ante la configuración del injusto que la situación antijurídica se prolongue en el tiempo *suficientemente*; además porque para considerar habitual el maltrato es necesario que los actos de agresión se repitan en distintos momentos, y no en uno solo. Por lo tanto, la *agresión única múltiple* no es suficiente para complementar el tipo del delito examinado por dos motivos: por la necesidad de la prolongación en el tiempo de la situación antijurídica y por la habitualidad, que exige repetición en distintos momentos de los concretos actos agresivos; de esta forma, la agresión de las características que estamos comentando ha de ser considerada como una agresión única, y la pluralidad de sujetos afectados, como afirma GRACIA MARTÍN, como un factor de medición judicial de la pena (art. 66.1) pero no puede determinar la apreciación de una pluralidad de delitos³⁷.

Identificado el bien jurídico protegido puede afirmarse que, desde el punto de vista de la configuración del injusto, el delito de malos tratos en el ámbito familiar es *uno de carácter permanente*, en cuanto que la afección al bien jurídico protegido perdura en el tiempo más allá de los concretos momentos en los que se están produciendo las concretas agresiones. Por ello será posible admitir relevancia justificante a la legítima defensa de la víctima a pesar de que la agresión ilegítima no sea inmediata³⁸.

³⁵ En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN (1997), p. 449; MUÑOZ CONDE, p. 122.

³⁶ En sentido contrario, CUENCA I GARCÍA, p. 654.

³⁷ GRACIA MARTÍN (1996), p. 451.

³⁸ LARRAURI, p. 23 y ss.

Este es el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar del art. 153 del Código penal español; la importancia que la sociedad española ha dado al mismo, así como el alarmante número de casos que han saltado a la luz pública durante los últimos 10 años han forzado la intervención del Derecho Penal en este ámbito: se justifica así su existencia en el Código penal como un tipo penal autónomo sustentado en el bien jurídico delimitado. Quizás sea preciso que dentro de la sociedad peruana se produzca el denso debate político y social que en 1989 se produjo en España y que terminó por incorporar al Código penal la protección del bien jurídico subyacente a las relaciones familiares³⁹. Por lo demás, como afirma Terradillos Basoco: «una correcta lectura de la Constitución peruana, cuyo art. 2, inc.1, proclama el derecho de todos ‘a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo (p. 123) y bienestar’, debería llevar al legislador penal a una más decidida intervención en el ámbito doméstico, que puede dar cobijo a enraizados afectos tanto como a conductas degradantes incompatibles con los mentados valores constitucionales»⁴⁰.

V. LOS MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR COMO UN PROBLEMA DE GÉNERO

A lo largo de las páginas anteriores se ha realizado un análisis de la respuesta que ofrecen los ordenamientos jurídicos español y peruano a la violencia en el ámbito familiar; del mismo puede inferirse que la intervención del Derecho Penal estará legitimada en la medida en que exista un bien jurídico digno de protección cuya indemnidad, además, no pueda asegurarse a través de la intervención de otras ramas del ordenamiento jurídico menos incisivas de los derechos de la persona. Este punto de partida impone a su vez una intervención *asexuada* por parte del legislador, esto es, sin hacer discriminación alguna en función del sexo de los sujetos activos y pasivos implicados en la contienda.

Ahora bien, una vez se analizan los datos que ofrecen las estadísticas, se *sexualiza* el problema: según cifras del Ministerio del Interior español en 1997 murieron en España a consecuencia de actos violentos en el ámbito familiar 75 personas; en 1998 la cifra descendió a 35. El pasado día 25 de

³⁹ Vid., los datos sobre la violencia contra la mujer en América Latina en GÜEZMES, p. 2.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO (1998), p. 61.

noviembre⁴¹, la Directora del Instituto de la Mujer informó que hasta la fecha, 1999 se había cobrado un total de 33 víctimas mortales⁴²: «el 98% había denunciado con anterioridad, incluso con reiteración, haber sufrido malos tratos. Sin embargo no se tomaron las medidas necesarias para asegurar su protección»⁴³.

Los datos resultan más esclarecedores cuando se pregunta por el sexo de las víctimas *-todas ellas eran mujeres-*, de los agresores *-todos ellos eran hombres-* y por la relación que mediaba entre ambos (cónyuges, compañeros sentimentales, ex cónyuges, ex compañeros sentimentales).

(p. 124) La cifra total de víctimas mortales por actos violentos en el seno familiar es *más o menos* fácil de averiguar⁴⁴. Ahora bien, cuando el dato investigado es el número de víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar la tarea se complica en la medida en que, en la mayoría de los casos, se guarda silencio pues como dice el dicho popular «los trapos sucios se lavan en casa»; dicha labor, atribuida socialmente a la mujer, se lleva a cabo *-como afirma Ruiz Vadillo-* con la finalidad de salvar formalmente a la familia⁴⁵: las cifras que se conocen muestran sólo la *punta de un iceberg*, pues sólo uno de cada tres delitos se denuncia⁴⁶.

Semejante bolsa oculta de criminalidad impide a las instancias oficiales realizar un estudio real sobre las características de la víctima y del agresor y con ello, ofrecer soluciones eficaces para erradicar el problema; ello no es óbice sin embargo para valorar los datos existentes, pues partiendo de las limitaciones señaladas, ponen de manifiesto el perfil de los agresores y de sus víctimas.

⁴¹ Vid. *El País*, 26 de noviembre de 1999.

⁴² Una recopilación de los datos sobre los malos tratos en el ámbito familiar procedentes de distintas fuentes puede verse en DE VEGA RUIZ, p. 287 y ss.

⁴³ TERRADILLOS BASOCO (1998), p. 54.

⁴⁴ STANGELAND, p. 808, analiza las causas que provocan la falta de coincidencia de los datos sobre la criminalidad en España así como las dificultades existentes para unificar las estadísticas.

⁴⁵ RUIZ VADILLO, p. 2.

⁴⁶ Vid. STANGELAND, p. 808, donde el autor lleva a cabo un estudio sobre el «iceberg» de la delincuencia.

A continuación van a examinarse los datos ofrecidos por las Memorias del Ministerio del Interior español correspondientes a los años 1990⁴⁷ hasta 1997, si bien las citadas memorias, no llevan a cabo un estudio sistematizado del delito en cuestión hasta 1992: respecto a los años de 1990 y 1991 existen pocos datos al respecto. Efectivamente, es a partir de la Memoria sobre el año 1992 cuando se introduce el estudio del delito de violencias físicas habituales en el ámbito familiar en virtud de las siguientes variables bajo la distinción entre delito de violencias físicas habituales y la falta de malos tratos: *número total de denuncias, detenciones practicadas* (distinguiendo según el sexo del detenido), así como las *víctimas*: sólo a estas últimas se va a prestar atención a continuación⁴⁸.

Hay que señalar que las Memorias examinadas no hacen referencia a las violencias físicas sobre «pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho», quienes, junto al cónyuge o persona a la que estuviera unido el agresor (**p. 125**) por análoga relación de afectividad (a quien tampoco se hace referencia expresa y, por tanto no se sabe si la cifra de cónyuges los incluye) y a los hijos eran los sujetos protegidos en el anterior art. 153 antes de la reforma de 1999.

La mujer es víctima de los delitos de malos tratos en el ámbito familiar siempre en cifra superior a la del hombre. Por ejemplo, de la franja de edad de entre 31 y 50 años, el número total de hombres maltratados es de 221 en 1992 y de 325 en 1997, frente a 1195 mujeres en 1992 y 2199 en 1997.

Sólo cuando hombres y mujeres son menores de 18 años se aproximan las cifras (hombres menores de 18 años maltratados en 1992: 149 y 250 en 1997; mujeres menores de 18 años maltratadas en 1992 154 y 296 en 1997) lo que hace pensar que durante este período ambos son agredidos por sus padres.

Una vez que la víctima cumple 18 años, la cifra de mujeres maltratadas se dispara, mientras que la de los hombres, si no se mantiene, sube bien poco. A pesar de que los hijos cada día abandonan el seno familiar más tardíamente, esta subida tan considerable ha de ser relacionada con el inicio

⁴⁷ Año éste en el que se incorporan a las Memorias los primeros datos relativos al delito de violencias físicas en el ámbito familiar que, como se sabe, fue introducido en el Código en 1989.

⁴⁸ Un estudio más completo sobre estos datos puede verse en ACALE SÁNCHEZ, p. 47 y ss.

de la vida «sin padres», en algunos casos para iniciar ya la vida en pareja; de esta forma, la mujer sale de la *potestas* del padre y pasa a la de su cónyuge: este será un dato constante en su vida pues siempre van a estar bajo la influencia de un hombre: primero el padre, luego el cónyuge y, como parecen poner de relieve las estadísticas, primero es maltratada por el uno y luego lo es por el otro.

La franja de edad en la que se producen un mayor número de violencias físicas es la de 31 a 50 años, donde se desarrolla la vida conyugal. A partir de los 50 años de edad, decae la cifra considerablemente con relación a ambos sexos, dato este a relacionar con el cambio de estado civil por la desaparición natural de uno de los cónyuges: de casado/a a viudo/a.

Respecto al *sexo del agresor*, se deduce, que en la mayoría de los casos es un hombre, *tanto cuando el agredido es mujer como cuando lo es un hombre*, lo que hace pensar en los «otros hombres» que forman la unidad familiar. En este sentido, en el Código Penal derogado, no se protegían las violencias físicas sobre los ascendientes pero hay que entender que la Memoria no ha tenido este dato en cuenta.

Además de los condicionantes sociales que siguen impidiendo a las víctimas que denuncien a las autoridades competentes los malos tratos en el ámbito fami (p. 126) liar, en esta clase de delitos existe un problema añadido que dificulta la aclaración de los hechos: y es que en la mayoría de los casos las agresiones se llevan a cabo en el propio domicilio particular. Por este motivo es difícil encontrar pruebas que acrediten el número real de violencias ejercidas en este ámbito pues faltarán, en gran medida, testigos que no pertenezcan a la unidad familiar y los existentes en el ámbito familiar actuarán, en la mayoría de los supuestos, bajo la influencia psicológica de los vínculos familiares, que aunque deteriorados, parecen imposibles de borrar⁴⁹.

En este sentido es importante destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de febrero de 1999 en la que la que se condenó a un marido como autor de un delito de malos tratos habituales sobre la esposa (así como por otro de agresión sexual continuada). En ella se pone de manifiesto que la declaración de la víctima puede ser suficiente para la conformación del relato fáctico: «atendida en su índole habitualmente clandestina con que se cometen, por cuanto el convencimiento del juzgador

⁴⁹ Sobre los problemas de prueba: Vid: DEL ROSAL BLASCO, p. 373.

puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando sea la propia víctima. El Tribunal Supremo entre otras, en Sentencias 19 de enero, 27 mayo y 6 de octubre de 1988, 9 de mayo, 1990, 9 septiembre 1992, 13 diciembre de 1993, 24 febrero 1994, 30 diciembre 1995, 5 febrero 1996 y 8 marzo de 1997 se enfrenta con este problema viene a fijar que la prueba de cargo testifical no se ha de centrar tanto en el número de personas que declaran en un proceso penal sobre un hecho o punto determinado o controvertido, cuanto en las condiciones de credibilidad de las mismas; credibilidad que, como establece en las Sentencias de 28 mayo y 5 febrero 1996 se debe buscar y basar en la inexistencia de resentimientos anteriores del testigo para con el acusado, máxime si se trata del testigo perjudicado, que puedan afectar a la convicción judicial; verosimilitud del testimonio o relato sin que se traduzca, por estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de actitud probatoria, y finalmente, persistencia, **(p. 127)** seguridad e inmovilidad en los datos de hecho y en la incriminación que se haya realizado».

Todos estos datos estadísticos vienen a aseverar la afirmación realizada anteriormente: a pesar de la asexualidad de la regulación legal es preciso sexualizar el problema de los malos tratos en el ámbito familiar una vez que se lleva a cabo un análisis criminológico de las estadísticas existentes al efecto, pues a partir de ellas se pone de manifiesto que mujeres y hombres ocupan las posiciones pasiva y activa como reflejo fiel del papel que tradicionalmente se ha venido otorgando a ambos en el seno de la familia: activo a él, pasivo a ella. En este sentido, la mujer es víctima de los malos tratos en el ámbito familiar, precisamente por ser mujer y por desempeñar el papel de *madre, esposa o hija* en el seno de la familia: a esto se refería la *IV Conferencia de Naciones Unidas* cuando definió la violencia contra las mujeres como actos de violencia sexista.