

Consecuencias jurídicas del maltrato infantil y de la violencia doméstica

Silvia Valmaña Ochaita

Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Castilla-La Mancha

La violencia en la familia, y en especial la que tiene por autores o víctimas a niños o adolescentes, tiene unas especiales características que deben abordarse de forma multidisciplinar. Las consecuencias jurídicas son una de las claves a la hora de atender desde las otras disciplinas el tratamiento de las personas implicadas en esa situación de violencia. La actuación del personal sanitario, educativo y social puede predeterminar la existencia o no de las consecuencias jurídicas derivadas de la violencia intrafamiliar así como la posibilidad de establecer responsabilidad penal de sus autores.

Para favorecer el mejor conocimiento de esas interacciones, en este trabajo se analizan los datos sobre violencia doméstica y especialmente la relacionada con menores de 18 años. Asimismo, se estudian los datos de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en relación con el Registro Unificado de Maltrato Infantil. Finalmente se estudia la tipificación de las conductas de maltrato infantil y violencia doméstica.

Legal consequences of child abuse and domestic violence. Violence in the family, and especially that one whose perpetrators or victims are children or teenagers, has special characteristics that must be addressed in a multidisciplinary way. The legal consequences are one of the keys when attending from other disciplines the treatment of the different persons involved in this situation of violence. The health, education or working in the social field staff can determine, from the beginning of their performance, the existence of the legal consequences arising from domestic violence and the possibility of establishing the criminal responsibility of the perpetrators, when needed or appropriate.

To encourage a better understanding of these interactions, this study data on domestic violence and particularly related to under 18 are discussed. Data detection of Castilla-La Mancha in relation to the Unified Register of Child Abuse is studied. Finally, the criminalization of behaviors of child abuse and domestic violence are studied.

Introducción

La situación de violencia en la familiar produce a corto, medio y largo plazo, efectos que han sido profusamente descritos en la literatura científica en las personas que la sufren (Echeburúa, de Corral, 2006; Raya Ortega, et al., 2004), y también en quienes la infringen (Evans, Davies, DiLillo, 2008). De forma más específica, cualquier tipo de violencia o abuso sexual afecta de forma muy significativa a las víctimas y de manera especialmente grave a los menores de edad (Pereda, Gallardo-Pujol, 2011).

La violencia contra los menores supone una situación de maltrato activo que se concreta en diferentes actos de abuso (físico, sexual o psicológico), alguno de los cuales puede ser constitutivo de delito. Cuando se produce en el seno de la familia suele tomar forma de los delitos de malos tratos de los artículos 153 y 173,2 del Código Penal, así como las agresiones y abusos sexuales, delitos contra las relaciones familiares o incluso delitos contra la vida.

Pero ha sido fundamentalmente sobre los delitos de malos tratos de los artículos 153 y 173 del Código penal sobre los que ha pivotado en gran medida la estructuración de los tipos de malos tratos en el ámbito familiar, con independencia de su calificación como delito de violencia doméstica o de violencia de género. Esta utilización indistinta de una terminología u otra por los tribunales cesó con la interpretación definitiva sobre uno y otro término establecida en por los tribunales en el sentido de que se "trata de dos conceptos heterogéneos, aunque relacionados ambos por su común relación con lo doméstico. El primero hace referencia al ámbito espacial y afectivo en el que se desarrollan las relaciones de convivencia familiar (con generalidad, como cláusula de cierre en la enumeración legal, se incluye cualquier relación por la que el sujeto pasivo se encuentre integrado en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo) más intensas y continuadas que determina la ley. El segundo hace referencia a una peculiar forma de violencia producida dentro de dicho ámbito, elevada a la categoría de fenómeno sociológico claramente identificado, y caracterizado por la situación de abuso o de dominación que desarrolla uno de los miembros o sujetos de dichas relaciones familiares, sobre otros sujetos de las mismas"(AAP Castellón, 282/2016).

A partir de los casos de sospecha de maltrato infantil se inicia la activación de diferentes mecanismos de protección de los menores. Los actos de maltrato hacia el hijo son un claro indicador de la desprotección del mismo y por lo tanto el inicio de la actuación de los servicios sociales para garantizar esa protección del menor. Sin embargo, esta desprotección no sólo se produce a consecuencia del maltrato directo o indirecto, sino que existen lo que podríamos definir como maltratos de baja intensidad que se derivan de situaciones de negligencia paternal y que, en principio, sólo serán constitutivas de delito si de ellas puede referirse un resultado lesivo para el menor, vinculado a la comisión por omisión de dicho resultado a tenor del contenido del artículo 11 del Código penal. En este caso, la omisión de la conducta debida determinará la existencia de una responsabilidad por el resultado en función de la posición de garante que la ley determina en relación con los deberes de cuidado inherentes a la patria potestad (Gimbernat, 1997; Gimbernat 1999; Silva, 2006).

Esto significa que la función de protección de los menores, encomendada a la Entidad Pública de protección de cada Comunidad Autónoma, se ejerce habitualmente de forma coordinada con la Fiscalía de Menores, sin que la apertura de un expediente de intervención, de riesgo o desamparo, requiera necesariamente de una correlativa denuncia por la comisión de un delito. Estos casos sólo se producirán cuando se den los elementos contenidos en los tipos penales objeto de este estudio o algunos otros como el abandono de

menores del artículo 229 del Código penal o los delitos contra la libertad o la indemnidad sexual de los artículos 178 y siguientes del mismo texto legal.

Es evidente que en algunos supuestos de violencia grave, el recurso al Derecho Penal es una necesidad, además de una obligación. Pero también es cierto que en otros casos, en los que no existe esa violencia grave, que integraría alguna de las conductas que analizaré con posterioridad, no se acude a la vía penal, o mejor, se renuncia a la vía penal para actuar exclusivamente dentro del sistema de protección de menores, dentro del ámbito de actuación del derecho civil y del derecho administrativo.

La situación no deja de suponer una cierta paradoja legal: por una parte, muchos de los actos que dan origen a la acción protectora de la administración tienen sus raíces en acciones que pudieran ser constitutivas de delito; por otra, existe un acuerdo, tácito y fáctico, entre los responsables de protección de menores para evitar acudir a la vía penal en los casos en que se atisban posibilidades del retorno del menor con su familia de origen.

¿Estamos ante la introducción del principio del interés superior del menor como un nuevo principio de oportunidad en el Derecho penal español? La respuesta debe ser, sin duda, afirmativa. Un principio de oportunidad que hunde sus raíces en el mismo sistema acusatorio español, y que se aplica en el mismo hecho de la renuncia de la Fiscalía y de los servicios de protección a la infancia de presentar acusación o denuncia, respectivamente, por los hechos integrantes del maltrato y que pudieran ser constitutivos de delito en aplicación de un principio de interés social que se ha elevado a categoría jurídica a través de dicho principio del interés superior del menor. Esto supone, a diferencia de otras cuestiones en las que la aplicación del principio de oportunidad resulta controvertida, que en esta cuestión no hay colisión ni contradicción entre la aplicación éste con el principio de legalidad, sino más bien la derivación del primero respecto del segundo a partir de la modificación del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tal y como señala su propia Exposición de Motivos al establecer el triple contenido sustantivo, interpretativo y procedimental del principio del interés superior del menor.

Datos sobre violencia intrafamiliar ascendente y descendente en Castilla-La Mancha

Las fuentes de detección del maltrato infantil son diversas, siendo las más significativas los Servicios Sociales de Atención Primaria, los técnicos de protección de menores, los centros de cumplimiento de medidas judiciales, los juzgados de menores y sus Oficinas de Atención a la Víctima, la Fiscalía de menores, los equipos de salud mental, el personal sanitario y docente, los Centros de la Mujer, y, por supuesto, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Local.

Esta diversidad en las fuentes es, sin embargo, más aparente que real. De los datos extraídos del Registro Unificado de casos de sospecha de maltrato infantil (RUMI) del año 2014 para Castilla-La Mancha, podemos observar que la primera fuente de notificación de sospecha de maltrato infantil son los Servicios Sociales de Atención Primaria, con 30 casos que suponen el 38% del total, seguidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con 23 casos (29%), el personal sanitario, con 13 (17%) y el personal docente, con 10 (13%). El resto de los casos denunciados suponen dos notificaciones, lo que constituye el 3% del total de las 78 registradas en el año 2014. En el año 2015 se dan 95 notificaciones de malos tratos, de los que 10 fueron calificados como graves. En cuanto a la fuente de detección, las Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado tuvieron el mayor número de notificaciones, con un total de 32, seguidas por las realizadas en el ámbito Sanitario, con 24 y en tercer lugar los Servicios Sociales con 20, refiriéndose 11 al ámbito educativo y las restantes 10 notificaciones al concepto de otros.

Es interesante señalar, como recogen los propios informes del Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la Infancia número 20 del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, que a partir del año 2014 se ha producido un aumento generalizado en la carga de datos por los diferentes operadores, lo que determina que se den algunos casos, de los que Castilla-La Mancha es un claro exponente, de cómo se ha duplicado prácticamente el número de registros en los últimos dos años.

Así en el año 2016 tenemos un total de 144 notificaciones, de las cuales 22 son casos graves. Las notificaciones las realizan, sobre todo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con 51 notificaciones, seguidos por los Servicios Sociales, con 41, las realizadas en el ámbito Sanitario, con 25, otros con 14 y cerrando esta relación el ámbito educativo con 13.

En los datos referidos al año 2017 el número de notificaciones prácticamente se duplica con respecto a 2015, con 180 casos registrado de malos tratos, de los cuales 38 son graves. Este año 2017 los Servicios sociales vuelven a liderar la fuente de notificaciones, con 81 casos, seguidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con 66, y los ámbitos educativo, sanitario y otros con 13, 11 y 9 respectivamente.

Es cierto que estos datos son de notificaciones, lo que no implica necesariamente una correlación con el nivel de maltrato real, especialmente cuando observamos la comparación con otras Comunidades Autónomas de similares características a la analizada, que multiplica prácticamente por 10 el nivel de notificaciones, en todas las fuentes, y de forma especialmente significativa en los casos de denuncia al teléfono del menor, que conforman la práctica totalidad de la categoría genérica de “otros” en las fuentes de notificación.

Tabla 1. Estadística de notificaciones de sospecha de maltrato infantil 2014 Castilla-La Mancha

Edad / Sexo	Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado		Personal Educación		Otros		Personal Sanitario		Servicios Sociales		Nº notificac.
	♀	♂	♀	♂	♀	♂	♀	♂	♀	♂	
0	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0	2
1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2
2	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	2
3	1	0	0	0	1	0	1	0	3	0	6
4	0	1	0	1	0	0	0	0	0	2	4
5	0	1	0	2	0	0	0	0	0	0	3
6	2	0	1	1	0	0	0	2	1	2	9
7	1	0	1	1	0	0	1	0	1	1	6
8	2	0	0	0	0	0	1	0	2	1	6
9	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	2
10	0	2	0	0	0	0	0	2	0	0	4
11	0	0	1	0	0	0	0	0	1	0	2
12	2	1	1	0	0	0	0	0	1	0	5
13	1	0	0	0	0	0	0	1	1	0	3
14	1	1	0	0	0	0	0	1	0	3	6
15	1	0	0	0	0	0	1	0	3	0	5
16	3	0	0	0	0	1	0	1	1	0	6
17	2	0	1	0	0	0	0	0	1	1	5
Totales	16	7	5	5	1	1	5	8	16	14	78

Fuente: RUMI, 2015.

En cuanto al sexo y edad de los menores, existe un ligero predominio de las niñas sobre los niños, 43 frente a 35, como víctimas preferentes de maltrato, suponiendo el 55% de los casos notificados. No existen, sin embargo, datos especialmente significativos en cuanto a la edad de los menores pues las sospechas de maltrato notificadas han afectado a menores de todas las edades desde el nacimiento hasta los 18 años, con una incidencia entre los dos casos a los nueve que se han registrado en este pasado año. Este pico máximo se corresponde con niños y niñas de 6 años de edad.

En el año 2105 se producen 55 corresponden a chicos y 40 a chicas, y 79 españoles frente a 16 extranjeros. En 2016 la tendencia de una prevalencia de víctimas femeninas se consolida, con 77 chicas como víctimas de malos tratos y 109, españoles. Esta tendencia se refleja también en las notificaciones correspondientes a 2017, de las que 94 son respecto a malos tratos sufridos por niñas y de los que 155 eran españoles. Conviene no obstante señalar que el abuso sexual se notifica con más frecuencia en los casos de menores de 3 y 6 años de edad. El maltrato físico tiene más notificaciones para los menores de 14 y de 16 años. La negligencia es más significativa en menores de 5 y de 12 años de edad y el maltrato emocional se refiere principalmente en menores de 8 y 12 años.

En cuanto al tipo de maltrato, la mayor prevalencia la encontramos en el maltrato físico, que supone el 41% del total; seguido del abuso sexual (el 27%), el maltrato emocional (22%) y la negligencia (10%). Si comparamos los datos de 2014 con los de 2017, el salto numérico supone también un cambio cualitativo en los tipos de maltrato. De las 180 notificaciones de este año, que se corresponden con 209 tipos de maltrato, 98 casos se corresponden con negligencias, 52 con maltrato físico y 31, emocional, y 28 casos de abuso sexual.

Aquí resulta más llamativa la disparidad en los datos en relación con otras comunidades autónomas. Sólo como ejemplo, si comparamos estos datos con Castilla-León, con el mismo número de abusos sexuales de los 1.137 tipos de maltratos notificados en esta comunidad, tiene, 419 casos de maltrato emocional, 134 de físico y 556 negligencias. Está claro que hay una disparidad de criterios, además de estar más generalizada la utilización de alguna fuente de notificaciones.

Tabla 2. Ámbito procedencia, edad y sexo de los menores en las notificaciones 2014 Castilla-La Mancha

Edad / Sexo	Abuso Sexual		Emocional		Físico		Negligencia		Suma de tipos
	♀	♂	♀	♂	♀	♂	♀	♂	
0	0	0	0	0	0	1	0	1	2
1	0	0	0	0	0	2	0	0	2
2	0	0	0	1	1	0	0	0	2
3	5	0	1	0	1	0	0	0	7
4	0	3	0	0	0	1	0	0	4
5	0	0	0	2	0	3	0	2	7
6	2	3	1	1	2	1	0	0	10
7	2	0	0	1	2	1	0	1	7
8	3	0	2	1	2	1	0	0	9
9	0	1	0	1	1	1	0	0	4
10	0	1	0	1	0	1	0	1	4
11	1	0	1	0	0	0	1	0	3
12	0	0	2	1	2	1	2	0	8
13	0	0	1	1	2	0	0	0	4
14	0	1	0	2	1	3	0	1	8
15	1	0	1	0	2	0	1	0	5
16	2	0	1	0	3	2	0	0	8
17	2	0	0	0	2	1	0	0	5
Totales	18	9	10	12	21	19	4	6	99

Fuente: RUMI, 2015.

Si cruzamos los datos del RUMI con los obtenidos de la base de datos de protección de menores ASISTE, observamos que de los 205 menores tutelados en Castilla La Mancha durante el año 2014, 24 lo fueron por malos tratos físicos, 3 de ellos, por malos tratos psíquicos y uno por abuso sexual.

Tabla 3. Motivos de inicio de expediente de tutela en menores tutelados a 31 de diciembre de 2014 en Castilla-La Mancha

MOTIVOS	TOTAL	%
Inadecuado ejercicio de los deberes paternos	676	31,6%
Toxicomanía de los padres	203	9,5%
Ausencia ambos cónyuges	203	9,5%
Malos Tratos Físicos	191	8,9%
Ausencia de uno de los cónyuges	171	8,0%
Trastorno grave, físico o psíquico de los padres	159	7,4%
Malos Tratos Psíquicos	144	6,7%
Abandono voluntario del menor	143	6,7%
No escolarización habitual	32	1,5%
Solicitud familiar	31	1,4%
Explotación	17	0,8%
Orfandad	12	0,6%
Orden Juzgado	8	0,4%
Sospecha de abuso sexual	7	0,3%
Violencia Fillo-Parental	5	0,2%
Medida Cautelar	3	0,1%
Resolución Judicial	2	0,1%
Ingreso Policial	1	0,1%
Otros	134	6,3%
TOTAL	2142	100%

Fuente: ASISTE, 2015.

Estos veintiocho casos suponen la intervención de los servicios de protección para la declaración de desamparo en todos los supuestos de maltrato grave de los niños y niñas por parte de sus padres o familiares responsables. En el resto de las categorías, como la de inadecuado ejercicio de los deberes paternos, se incluirían aquéllos casos de maltrato leve o moderado en los que, tras la adecuada intervención familiar no se han observado los progresos necesarios para dejar sin efecto la declaración de riesgo del menor.

Si observamos el acumulado de menores tutelados por el Gobierno de Castilla La Mancha a fecha de 31 de diciembre de 2014, los casos de tutela por malos tratos físicos o psíquicos graves o abuso sexual suponen el 16,5% del total, mientras que los que corresponden a las tutelas iniciadas en el año 2014 constituyen el 13,6%.

Durante el año 2014 en Castilla-La Mancha se 1.698 diligencias previas por delitos contra las relaciones familiares, de las cuales 48 se corresponden a abandono de niños, 33 sustracción de menores y 8 mendicidad de menores.

De los datos de los últimos años podemos deducir que las cifras se mantienen en términos generales constantes en cuanto al número de maltratos notificados, procedimientos judiciales iniciados y tutelas constituidas, si bien hay que señalar una ligera tendencia descendente en cada una de las fuentes de obtención de datos correspondiente, RUMI, Memoria de la Fiscalía de Castilla La Mancha y programa ASISTE.

En relación con la violencia intrafamiliar ascendente, frente a los 5 menores que estaban tutelados en el año 2014 en Castilla-La Mancha por violencia intrafamiliar, se añaden los 156 delitos categorizados como de violencia doméstica a los que se les ha impuesto alguna de las 190 medidas judiciales en el mismo año, lo que supone una situación de relativo equilibrio desde el extraordinario incremento de casos que se produjo en el año 2008, si bien es cierto que con oscilaciones significativas durante los años siguientes que se concretan en 35 expedientes más en el año 2014 que en el 2013 (Memoria FCLM, 2015).

Figura 1. Violencia familiar ascendente



Fuente: Memoria del Servicio de Familia, Infancia y Menores 2014

Esta misma situación se produce a nivel estatal, en el que las cifras de la violencia intrafamiliar ascendente se mantienen estables en los últimos años, con 4.753 diligencias incoadas en el año 2014 frente a las 4.659 de 2013 y las 4.936 de 2012 (Memoria FGE, 2015). A partir de 2015, las cifras mantienen una tendencia alcista, con vuelve a ascender, con 4.898 causas en 2015, un descenso a 4.355 en 2016, y un nuevo repunte en el año 2017 con 4.665 causas. Cifras, en todo caso indicadoras de una tendencia preocupante por la violencia filio parental y entre hermanos menores, que está en aumento, y que se consolida como un serio problema social, familiar, pero también de respuesta penal.

Desde otro punto de vista, si observamos la tendencia tomando como base a los menores víctimas de violencia intrafamiliar o maltrato, referido al número de hechos denunciados por una persona en los cuales manifiesta haber sido víctima o perjudicado por una infracción penal, vemos como los indicadores descienden ligeramente en los dos últimos años, pero manteniéndose en unos niveles de oscilación similares a los que se vienen recogiendo desde el año 2008, con ligeros incrementos o disminuciones en los dos últimos años computados, 2016 y 2017, tanto en los casos de malos tratos intrafamiliares como de violencia sexual.

Tabla 4. Población menor de 18 años víctima de la Violencia familiar

	Año	Núm. casos
Castilla - La Mancha	2017	266
	2016	251
	2015	281
	2014	271
	2013	222
	2012	187
	2011	207
	2010	200
	2009	233
	2008	227

Fuente: *Infancia en datos. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social*

Tabla 5. Población menor de 18 años víctima de delitos contra la libertad o la indemnidad sexual

	Año	Núm. casos
Castilla - La Mancha	2017	199
	2016	220
	2015	207
	2014	173
	2013	189
	2012	108
	2011	151
	2010	136
	2009	140
	2008	211

Fuente: *Infancia en datos. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social*

Las consecuencias jurídicas de la violencia

En los últimos años la protección de los menores ha sido uno de las piezas clave en la actividad legislativa en España. Se han aprobado una serie de instrumentos legales sobre la base del principio del interés superior del menor en relación con cualquier actuación o intervención con niños o adolescentes y que cuyo concepto ha sido fijado en la legislación española por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lo que constituye una importantísima novedad.

El II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016, aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016, la actualización del Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil, así como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, constituyen en el ámbito estatal algunos de esos instrumentos para garantizar una más eficaz protección de los niños y niñas, incluso tres años después de expirar el ámbito temporal para el que fueron concebidos alguno de ellos.

Pero también para dar respuesta a las acciones más graves que constituyen ataques a los bienes jurídicos de mayor relevancia, la respuesta penal supone el último recurso también en materia de protección de menores.

El artículo 173,2 del Código Penal tipifica la violencia habitual, física o psíquica sobre el cónyuge o persona con la que exista una análoga relación afectiva, tanto presente como pasada con independencia de la existencia o no de convivencia, así como sobre los descendientes, ascendientes u otros parientes siempre y cuando convivan con la persona que ejerce la violencia. Además contempla la violencia ejercida sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección que convivan con el agresor o que estén sujetas a él o su cónyuge o conviviente por potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o cualquier otra relación análoga que suponga la integración en el núcleo de convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Para estas conductas, el artículo 173,2 establece como consecuencia jurídica del delito la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, si el juez o tribunal lo considera adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Todo ello sin perjuicio de las penas que, en su caso, correspondieran a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica, esto es, lesiones, agresiones o abusos sexuales o cualesquiera otros que no estuvieran subsumidos en la conducta de violencia habitual.

Tradicionalmente, la violencia habitual integraba las conductas repetidas que por este hecho suponían la transformación de infracciones leves en constitutivas de delito. Precisamente la reforma del Código Penal de 2015 ha introducido una importante modificación al desaparecer las tradicionales faltas y ser sustituidas por los delitos leves, que tal y como establece el artículo 13,3 serán aquéllos que la ley castiga con pena leve. Entre los más comunes los delitos leves que integran el 173,2 si se producen con habitualidad estarán

los de lesiones sin tratamiento médico del artículo 147.2, el maltrato sin lesión del artículo 147.3, la amenaza o la coacción leves de los artículos. 171.7 y 172,3, respectivamente y, por último, el delito injuria o vejación injusta de carácter leve a una persona especialmente protegida por el artículo 173.2, tal y como establece el artículo 173.4 del Código penal. Respecto de esta última, sin embargo, se establece una diferente penalidad, consistente en la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84, esto es, cuando se acredite que entre la víctima y el autor no existen cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.

La habitualidad, como señala el artículo 173,3 en una interpretación auténtica del término, supone la necesidad de atender el número de actos de violencia acreditados, la proximidad temporal de los mismos y del hecho de que los actos violentos hayan sido objeto de enjuiciamiento en otros procesos, así como que se hayan realizado sobre una única víctima o varias de las especialmente protegidas en el artículo 173,2. Esto significa que la habitualidad podrá inferirse de diferentes actos de violencia dirigidos contra distintas personas, la esposa, los hijos, los padres..., siempre y cuando estén incluidos como víctimas merecedoras de especial protección a tenor de lo dispuesto en el citado precepto.

Una cuestión que merece una somera reflexión la constituye el hecho de que los delitos leves que pueden integrar, si se dan las condiciones relativas a los sujetos pasivos y a la habitualidad, el delito de malos tratos lo constituye el hecho de que estas conductas que antes tenían la consideración de faltas prescribían a los 6 meses, mientras que al tratarse ahora de delitos leves, la prescripción se producirá al año de la comisión de los hechos, según establece el artículo 131,1 del Código penal.

A todas estas conductas les corresponderá, además, la pena en su mitad superior si se hubieran realizado en presencia de menores o con la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del citado artículo 173,2.

El otro eje se sitúa dentro de los delitos de lesiones, en el artículo 153 CP que establece la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, para quien cause un menoscabo físico o psíquico de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión del artículo 147,3, siempre y cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. También, como hemos visto en relación con el artículo 173,2, se establece la posibilidad inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

La pena además se agravará en los casos en que la víctima fuera una de las personas especialmente protegidas por el artículo 173,2 en atención a su vulnerabilidad, y como sucedía en este caso, también está prevista la imposición de la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, entre otras circunstancias.

La gravedad de estas circunstancias podrá verse, no obstante, atemperada en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. Se trata sin duda de una facultad que se otorga al juez o tribunal para evitar excesos que pudieran derivarse de la aplicación literal de la norma. Hay

que tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 153, y precisamente por la necesidad de reprimir cualquier comportamiento de violencia machista que suponga una situación de subyugación de la mujer en las relaciones afectivas, se está tipificando una conducta que, de no darse tal relación entre los sujetos estaríamos ante delitos leves castigados con una pena de multa de uno a tres meses o de multa de uno a dos meses respectivamente.

La diferencia fundamental con el artículo 173,2 es que en éste se requiere la habitualidad, mientras que en el 153 se castigan hechos aislados. Esto determina que el artículo 153 se refiera al bien jurídico integridad física o psíquica, dentro de los delitos de lesiones, mientras que el artículo 173,2 se encontraría dentro de los delitos contra la integridad moral.

Es evidente que cualquier maltrato que cause una lesión psíquica o física es y debe ser constitutivo de delito. Es evidente también que cualquier maltrato sobre un ascendiente, cónyuge o persona con la que el agresor se encuentre vinculado por análoga relación de afectividad asimismo está y debe estar proscrita. Sin embargo, la desaparición del derecho de los padres a emplear violencia física sobre los hijos para corregirlos, siempre y cuando se ejerciera de forma “razonable y moderada”, se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico hace poco tiempo y plantea aún hoy en día importantes dudas en cuanto a su efectividad. Es en el año 2007 cuando la Ley de Adopción internacional deroga el artículo 154 del Código civil que establecía el citado derecho de corrección. Esta desaparición implica, de facto, la consideración de toda conducta que suponga golpear o maltratar de obra a un hijo, aunque sea levemente, la realización de una conducta típica que será constitutiva de malos tratos del artículo 173,2 si se diera la circunstancia de habitualidad, en tanto que no estaría justificada por el ejercicio legítimo de tal derecho de corrección.

No obstante, observamos que existen pocos procedimientos por malos tratos familiares a pesar de los numerosos casos de menores tutelados. Resulta paradójico suponer que la adopción de una medida tan grave como la privación temporal de la custodia de un hijo o incluso de la patria potestad pueda adoptarse por circunstancias que no constituyen al mismo tiempo una infracción penal.

Sin embargo, el sistema de protección está orientado a la preservación de la familia, si ello fuera posible, y a la reintegración de los hijos una vez corregidas las situaciones que determinaron la necesidad de la separación. Este hecho es el que determina la necesidad de establecer una ponderación entre el beneficio de la aplicación de la ley penal en este tipo de situaciones o la renuncia de la misma en los delitos leves. O, respondiendo a la pregunta que inicialmente planteábamos al comienzo de este trabajo, la consagración de una aparición informal del principio de oportunidad que el Ministerio Fiscal en su doble condición de garante de la protección de los derechos del menor y responsable del ejercicio de la acusación pública está en la mejor condición de utilizar.

Otro punto de interés lo constituye la violencia ejercida por el hijo contra los padres u otros miembros de la unidad familiar. En estos casos la aplicación de los tipos penales está también referida fundamentalmente a los delitos del artículo 153 y del 173,2. Sin embargo en estos casos la aplicación de la legislación penal del menor implica la necesidad de establecer algunas medidas concretas. En el caso de los menores de catorce años, por razón de su inimputabilidad la respuesta jurídica a los casos de violencia intrafamiliar ascendente vendrá determinada dentro del sistema de protección. Pero la mayor parte de los casos de violencia doméstica contra los padres se produce en el caso de jóvenes mayores de catorce años, especialmente a partir de los dieciséis y en estos casos la respuesta penal se produce cuando la espiral de violencia ha excedido razonablemente de lo que haría factible una resolución del conflicto a través de vías diferentes a

la separación del grupo familiar y a la imposición de una medida de internamiento, cualquiera que sea el régimen elegido para su cumplimiento por el menor.

A diferencia de lo que sucede en los casos de violencia de género, en que la mediación está proscrita en virtud de lo establecido en el 44,5 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial,¹ y del artículo 48 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica², en el caso de la violencia intrafamiliar ascendente la mediación no está expresamente prohibida. Sin embargo parece que la posibilidad de conciliación y reparación del daño prevista en el artículo 19 de la citada ley de responsabilidad penal de los menores resulta de difícil aplicación, habida cuenta de que la denuncia de la situación de violencia en el seno de la familia suele conocerse por denuncia de los padres cuando existe una trayectoria de conductas de gravedad creciente y prolongadas en el tiempo que suponen la necesidad de una intervención que supera los mecanismos propios de la mediación. Aquí no se trata de buscar un equilibrio y una conciliación con un extraño. Es necesario recomponer los lazos, vínculos y afectos que se han roto de forma traumática. En este sentido, la convivencia en grupo educativo ha resultado una fórmula interesante como medida que favorece la recuperación, en lo posible, de las relaciones familiares, en tanto que a la intervención con el hijo se añade en paralelo un trabajo con los padres y hermanos dirigido a la superación de la situación de ruptura producida por la conducta violenta del hijo.

AGRADECIMIENTOS

A Cristina Galán Torrecilla, Jefe de Servicio de Familia, Infancia y Menores del Gobierno de Castilla-La Mancha durante los años 2011/2015, por su colaboración para la obtención de los datos de las bases RUMI y ASISTE, así como por los contenidos en las memorias del Servicio de Familia, Infancia y Menores de los años 2011, 2012, 2013 y 2014, elaboradas bajo su dirección.

¹ LOMPIVG 1/2004: Artículo 44. Competencia.

*“Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:
5. En todos estos casos está vedada la mediación.”*

² Convenio CEPLVMVD; Artículo 48. Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas.

“1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en el caso de que se condene al pago de una multa, se tenga debidamente en cuenta la capacidad del autor del delito para hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima.”

Bibliografía

- Echeburúa E, de Corral P. Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia. Cuadernos de Medicina Forense 2006; 12(43-44):75-82.
- Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Informes. 2013.
- Evans S, Davies C, DiLillo D. Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis of Child and Adolescent Outcomes. *Aggress Violent Behav.* 2008; 13: 131-140.
- Gimbernat Ordeig E. La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición. ADPCP 1997; Vol L: 5-112.
- Gimbernat Ordeig E. El delito de omisión impropia. *Revista de Derecho penal y Criminología* 1999; 4: 525-554.
- Memoria 2015 (Ejercicio 2014): Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/40e7f051-1690-7863-06ed-069075f6b0d5>
- Memoria 2015 (Correspondiente al ejercicio 2014). Fiscalía General del Estado. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALLIA_SITE/index.html
- Pereda N, Gallardo-Pujol D. Revisión sistemática de las consecuencias neurobiológicas del abuso sexual infantil. *Gac Sanit.* 2011; 25 (3): 233–239
- II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Informes. Estudios e Investigación 2013.
- Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Informes. Estudios e Investigación 2014.
- Raya Ortega L, Ruiz Pérez,L, Plazaola Castaño,J, Brun López-Abisab, S. Rueda Lozano D, García de Vinueza I, et al. La violencia contra la mujer en la pareja como factor asociado a una mala salud física y psíquica. *Aten Primaria* 2004; 34(3):117-127.
- Silva Sánchez JM. El concepto de omisión; Concepto y sistema.2ª Ed. Montevideo-Buenos Aires: Ed. B. de F. 2006

Legislación

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm.137 de 06/06/2014.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11 de 13/01/2000.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE. núm. 77 de 31/03/2015.

Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23/07/2015.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. BOE núm. 312 de 29/12/2007

Boletín Oficial del Estado. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 254, de 23/10/2015