Curso autonómico menores víctimas de todo tipo de violencias

Organizado por la Sección de Violencia de Género y Doméstica
Delitos a menores en el círculo familiar

Ponente: César Chaves Pedrón. Abogado especialista en Derecho penal y Derecho penal del menor

Fecha:08/09/2022

icav
Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

CV
Consejo Valenciano de Colegios de Abogados

SUBVENCIONADO POR:

GENERALITAT VALENCIANA
Conselleria de Justícia, Interior i Administració Pública

FPG-06/16a – Ed. 3 (08.07.21)

- Maltrato en el ámbito familiar.
- Art. 153.2 Cp. Transforma la lesión propia del delito leve en delito menos grave. Si se produce una lesión propia del art. 147 Cp se castigará por éste.
- Agravación específica art. 148.3º "Si la víctima fuere menos de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección".
- Art. 25 Cp define el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección:
- "Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente".

icav Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
CV Consejo Valenciano de Colegios de Abogados
SUBVENCIONADO POR: GENERALITAT VALENCIANA Conselleria de Justícia, Interior i Administració Pública
FPG-06/16a – Ed. 3 (08.07.21)

- Art. 148.5ª Cp: “Si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. No se describe la vulnerabilidad. Esa generalidad debe comprender a los hijos menores (mayor de catorce años o que padezca a una enfermedad).
- Podría darse un resultado lesivo propio de los arts. 149 o 150 Cp. Se castigaría por el que corresponda según la lesión.
- El delito se comete tanto por quien efectúa el maltrato como por quien sabiéndolo no hace nada (siempre que tenga posición de garante).
- Comisión por omisión.

- Art.173.3 Cp. Casos de habitualidad. Hay habitualidad en atención al número de actos y la proximidad temporal. STS 20/04/2015 repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, es decir, que la víctima vive en un estado de agresión permanente con independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.
- Se trata de crear un ambiente de dominación sin necesidad de alcanzar un clima de terror (STS20/04/2015).
- Es un tipo penal con sustantividad propia que castiga la creación de un clima de dominación y violencia. Es decir, creación de una atmósfera que limita o impide el libre desarrollo de la persona.

- Agravaciones de los delitos:
- Las penas previstas se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.
- El maltrato habitual previsto en el art. 173.2 Cp posibilita el concurso de delitos con las lesiones causadas. También el art. 177 Cp.
- Esto es posible no solo por la cláusula concursal, sino, por el bjp. La ubicación sistemática lo diferencia de las lesiones.

- El derecho de corrección.
- Art. 20.7º Cp (causa de justificación).
- La reforma del Código civil suprimió la referencia a la corrección razonable y moderada por parte de los padres (art. 154).
- Interpretación de estar en vigor a través del art. 155 Cc. “Los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarlos siempre”. ¿Cómo pueden actuar cuando desobedecen? Posiblemente esto habilite el derecho de corrección (STS 08/01/2020).
- El actual art. 154 Cc establece la posibilidad de recabar el auxilio de la autoridad. ¿Se puede recabar en el día a día?

- Límite a la corrección: art. 19.1 Convención sobre los derechos del niño:
- “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.
- Art. 9 Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. En dicho artículo habla de proteger frente a castigos físicos humillantes y denigrantes.

- Si partimos de la existencia de la posibilidad de corregir, ésta debe ser proporcionada, razonada y moderada.
- Es evidente que si se produce una corrección física que causa una lesión que necesita tratamiento médico para su curación, no responde a los criterios expuestos y debe ser castigada penalmente.
- Otra de las posibilidades de impunidad es por la insignificancia del acto físico de corrección.

- Abandono de familia.
- Art. 226 Cp. La conducta típica consiste en una acción u omisión provocadora de una situación de desamparo (concepto normativo) en la que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral y material que incida en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo (STSJ Comunidad Valenciana 12/06/2019).
- Concepto normativo: Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor (art. 18). La Ley 26/2018 de 21 de diciembre de derechos y garantías de la infancia y adolescencia de la Comunitat Valenciana remite a la LO 1/1996 sobre las situaciones de riesgo (art. 100).

- Consumo de droga por el menor. Situaciones en los que los padres son consumidores (el menor tiene acceso a esas drogas). STS 12/07/2011 equipara la situación de abandono material al dejar desamparada a una persona sin el apoyo o la protección de quien tiene obligación de dársela, equivalente al abandono personal dejando a su suerte al menor que se ve privado de toda atención y cuidado por parte del sujeto activo.
- SAP Madrid, secc. 30ª, 05/06/2020. Padres consumidores de marihuana . Requisitos del tipo: Incumplimiento grave de los deberes establecidos art. 154 Cc.; capacidad del autor para realizar la acción debida o exigida legalmente; que el sujeto conozca su obligación de cumplir el deber familiar y abandone el cumplimiento de su obligación.

- Falta de asistencia escolar. El tipo penal, en estos casos, requiere no solo el conocimiento de la obligación de que el/la menor no acuda al colegio, sino, que se hace precisa una actitud de pasividad y despreocupación por parte de los titulares de la patria potestad, con un comportamiento irresponsable y consciente que evidencia el elemento subjetivo del tipo. Por tanto, el incumplimiento de los padres debe ser voluntario y persistente, una falta de esfuerzo para conseguir la actitud colaboradora del menor (SAP Toledo, secc. 2ª, 07/11/2019.

- Diferencia entre los delitos art. 226 y 229 Cp.
- El delito tipificado en el art. 229 Cp El delito tipificado en el art. 229 del Código Penal precisa de un mayor grado de antijuridicidad o intensidad del ataque al bien jurídico protegido que el del 226, que en el fondo es coincidente en un injusto típico y en el otro. Un dato relevante, particularmente influyente en la determinación de la acentuada gravedad de la conducta del art. 229, la impone desde una interpretación lógica y sistemática el art. 230 en el que se tipifica el abandono temporal del menor, lo que conduce a considerar que el abandono del art. 229 es un abandono definitivo, permanente, indefinido, o en general de mayor riesgo o peligro, que la simple dejación pasajera del menor por razón de alguna circunstancia concurrente en el hecho (STS 12/07/2011).

- Supuesto en el que un padre deja sola a una bebé de 8 meses en el interior de un vehículo con las puertas cerradas durante más de una hora. La SAP Barcelona, secc. 10ª, de 30/03/2020 revocó la sentencia del JP (había condenado por art. 229.2 y 230 Cp) y aplicó el art. 226.1 Cp. Supone una desatención de las normas de cuidado de la menor más elementales, pero no ha afectado su supervivencia, desarrollo afectivo social o cognitivo. El padre dejó de cumplir su deber de cuidado durante algo más de una hora y luego regresó para seguir cumpliendo con sus obligaciones.

- Delitos sexuales.
- Delimitación del delito. Libertad e indemnidad sexuales. Libertad= facultad de elegir, e indemnidad= tutela del desarrollo en ese ámbito. Tras la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ya no distingue libertad e indemnidad sexuales.*
- Diferencia tradicional entre abusos y agresiones.
  - Abusos: sin violencia e intimidación y sin consentimiento.
  - Agresiones: con violencia (acometimiento físico) e intimidación (constreñimiento psicológico con amenaza de un mal real e inminente).
  - Definición de abusos art. 181 CP. “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona…”. Ahora 181 es la protección sexual a menores de 16 años.

- Sin consentimiento:
  - Cuando expresamente se niega. Dicha negativa puede ser expresa, presunta e incluso sobrevenida (STS 408/2007 de 18 de octubre).
  - Tocamientos sorpresivos en zonas erógenas (STS 1431/2002 de 13 de septiembre).
  - Realizando una actividad como masaje o atención médica (STS 1292/2009 de 11 de diciembre).
  - Persona dormida (SSTS 34/2004 de 23 de enero y 1192/2005 de 14 de octubre).
  - Embriagada (STS 572/2012 de 27 de junio).
  - Consentimiento viciado:
    - Prevalimiento. Supuestos:
    - Consiste en una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el sujeto pasivo (STS 456/2000 de 21 de marzo).
    - Situación de superioridad: laboral, docente, familiar, económica, vecindad, edad…
    - No solo debe existir esa situación sino que, además, debe ser aprovechada (STS 227/2003 de 19 de febrero).
    - Diferencia de edad. Cuando suponga una diferencia de madurez psicológica – una asimetría – (STS 10/10/2003).

Delitos a menores en el círculo familiar

- Conducta sexual.
  - Supuesto básico – tocamientos, etc. – (art. 178 Cp).
  - Supuesto agravado – más pena – acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías (art. 179 Cp).

  - **Especial protección a los menores:**

  - Arts. 181 CP (antes de la reforma 183 y siguientes).
    - Prohibición de realizar actos de carácter sexual con menores de 16 años. (tras la reforma de CP por LO 1/2015 de 30 de marzo, para transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil). Reforma de 2010 situaba en 13 años.
    - Art. 183 bis CP. (antes de la reforma 183 quater) "Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del art. 178, el consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica".

- No hace falta que exista un contacto físico para castigar por atentar contra libertad o indemnidad sexuales (STS 301/2016 de 12 de abril). Tras la reforma ya lo dice el segundo párrafo del primer punto del art. 181 Cp.
- Delito continuado (art. 74 CP). Se aplica si no se pueden individualizar los actos sexuales en el tiempo (414/2002 de 11 de marzo). La pena en el delito continuado supone una exasperación de la pena. También aplicación del periodo de seguridad si supera los cinco años de prisión.
- Normalmente es difícil esa individualización cuando se prolonga en el tiempo.
- STS 309/2019 de 12 de junio: delito continuado en supuesto de abusos sexuales de un abuelo a su nieta de 6 años durante un mes aproximadamente.
- Inicio de la prescripción. La prescripción se inicia desde que el menor alcanzara los 35 años (art. 132.1 párrafo 3 CP).

Delitos a menores en el círculo familiar

- El progenitor que conozca de los abusos cometidos por otro familiar y no haga nada, participa como cooperador necesario en comisión por omisión. Tienen una posición de garante en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, que se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-familiares les incumbe. La responsabilidad por la omisión arranca de los deberes positivos de protección y cuidado que derivan no solo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad o paternidad natural (deber moral) sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal). El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores — art. 154.1º — y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros. Cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante (STS 19/01/2007).

- La declaración de la víctima como única prueba.
  - Se admite como suficiente para condenar bajo unos requisitos (STS 1137/2016 de 19 de diciembre; 648/2019 de 20 de diciembre).
  - Cuando las víctimas son menores la valoración de la declaración es más compleja por las limitaciones en la expresión (SAP Valencia, Secc. 2ª 28/11/2019).
  - Se deben valorar las relaciones previas, particularmente de odio, resentimiento, venganza o enemistad que puede enturbiar la sinceridad (STS 76/2019 de 12 de febrero). Debe ser coherente y con ausencia de motivos espurios.
  - Mejor si está apoyada en corroboraciones periféricas.
  - Se puede llevar a cabo en el juicio con biombo que proteja el contacto visual (SAP Valencia, Secc. 2ª, 28 de noviembre de 2019).

- Valoración de pericial de veracidad. No corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia (STS 3312/2019 de 14 de octubre).