

CAPÍTULO XI
ALGUNAS CUESTIONES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LAS MENORES DE EDAD

María Concepción GORJÓN BARRANCO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El menor víctima como objeto de estudio*.
III. *Objeto*. IV. *Derechos reconocidos a las víctimas*. V. *Naturaleza jurídica*.
VI. *Algunos casos de interés: menores y código penal*. VII. *Conclusiones*.
VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la esfera internacional, la *Convención sobre los Derechos del Niño* en su artículo 3o. establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Nos centraremos en este trabajo en algunas consideraciones del menor como víctima, concretamente de “la menor” como víctima de determinados delitos, introduciendo así un componente de género.

Cuando además aportamos esa otra característica que es el género (la niña), es obligado traer a colación la aprobación, en 1979 por las Naciones Unidas, de La *Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer*, que en su artículo 1o. se refiere a discriminación contra la mujer como

...toda distinción o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera.

* Investigadora, Universidad de Salamanca.

Aquel instrumento internacional supuso el inicio de la preocupación por diseñar políticas especializadas con una visión de género. Sin embargo, el diferente trato de lo masculino y lo femenino no es algo nuevo, sino que ha existido en todas las sociedades desde la antigüedad. Ese tratamiento diferenciado trae causa de varios factores: culturales, económicos, legales y políticos,¹ propios de la sociedad patriarcal que ha favorecido los atributos masculinos en detrimento de los femeninos. Por tanto, el distinto trato desplegado hacia lo femenino y lo masculino tiene un marcado carácter estructural. Ahora se pide desde la propia sociedad civil, *lobbies* y determinados legisladores que estas diferencias se regulen desde las políticas públicas.

II. EL MENOR VÍCTIMA COMO OBJETO DE ESTUDIO

En el ámbito europeo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo² amplía y modifica de manera radical las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de tal forma que la sustituye (artículo 30), renovando el catálogo de derechos del estatuto de la víctima en el ámbito europeo, y teniendo de plazo los Estados para trasladar estos cambios al ámbito interno hasta 2017 (artículo 29).

El Programa de Estocolmo abrió en 2010³ un nuevo marco de derechos dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. En concreto, esta Directiva supone, dentro del proceso penal, un avance respecto de los derechos de las víctimas para, sobre todo, evitar su victimización secundaria en determinados delitos como la trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito.

De esta forma, en la aplicación de la presente Directiva debe ser primordial el interés superior del menor,⁴ por eso, las víctimas menores de edad

¹ La clasificación que hemos contemplado está tomada de un informe de Unicef “La Violencia doméstica contra mujeres y niñas”, *Innocenti Digest*, núm. 6, junio de 2000, fuente HEISE, L.; 1994, en *www.unicef-icdc.org*, p. 7.

² [DOUE L 315, 14-XI-2012].

³ Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C 115/1 4.05.2010).

⁴ De conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989.

deben ser consideradas y tratadas como titulares plenos de los derechos reconocidos en la Directiva, y deben tener la facultad de ejercitar esos derechos de una forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio.

III. OBJETO

La finalidad de la Directiva (artículo 1o.) es la de garantizar que las víctimas de estos delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales con todas las garantías. Los Estados miembros deberán reconocerles su condición como tales y las autoridades competentes deberán tratarlas con respeto.

IV. DERECHOS RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS

1. *Información y apoyo*⁵

El derecho a la información se manifiesta en varios aspectos, como es el derecho a entender y ser entendido, el derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, el derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia o el derecho a recibir información sobre su causa. Así como el derecho a traducción e interpretación.

Resaltar el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas y el apoyo prestado por servicios de apoyo a las víctimas, que se traducirá en: información y acceso a la indemnización, información sobre apoyo especializado, apoyo emocional, asesoramiento financiero, o sobre el riesgo de victimización secundaria, con una especial consideración cuando se trate de delitos graves. Además de un apoyo especializado cuando se trate de víctimas de violencia sexual, de violencia de género y de víctimas de violencia en las relaciones personales.

2. *Participación en el proceso penal*⁶

También hay varios aspectos a resaltar dentro de la participación, por ejemplo: el derecho a ser oído o los derechos existentes en caso de que se adopte la decisión de no continuar en el procesamiento o el derecho a garantías en el contexto de la justicia reparadora. Así como los derechos a jus-

⁵ Artículos 3o.-9o. de la Directiva.

⁶ Artículos 10-17 de la Directiva.

ticia gratuita, a reembolso de gastos, a la restitución de bienes, a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, y los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro.

3. *Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial*⁷

El derecho a la protección hace referencia sobre todo a la victimización secundaria, así como a evitar el contacto entre víctima e infractor. También a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales, sobre todo durante la toma de declaración.

Insiste la Directiva en el derecho a la protección de la intimidad, a la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, en la protección de las víctimas con necesidades especiales (de protección) durante el proceso penal y una especial referencia a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal.

V. NATURALEZA JURÍDICA

Como hemos mencionado en la lista de delitos a la que hace mención especial esta Directiva, se conceden derechos a las víctimas de determinados delitos que no existían en muchos países hace diez años, como por ejemplo los relativos a la mutilación y a la violencia de género. En la mayor parte de los hechos delictivos, la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo es inexistente. Sin embargo, lo que caracteriza la delincuencia de género (sobre todo cuando se da en el ámbito privado mediante el ataque a la mujer-pareja) es la existencia de una relación personal y de dependencia emocional entre el sujeto activo y pasivo. Esto genera que en muchas ocasiones el comportamiento de las mujeres que acuden a un juzgado o a la policía a interponer la correspondiente denuncia sea incomprendido, no queriendo declarar, o incluso retirándola una vez interpuesta. Al respecto es interesante destacar que un punto fuerte de la Directiva es la formación de los profesionales (artículo 25),⁸ encargados de recibir a las víctimas y este punto es de vital importancia en aras a evitar su victimización secundaria.

⁷ Artículos 18-24 de la Directiva.

⁸ Véase en “Otras Disposiciones” dentro de la Directiva.

VI. ALGUNOS CASOS DE INTERÉS: MENORES
Y CÓDIGO PENAL

1. *Mutilación genital femenina y niñas, artículo 149.2 CP*

A. *Qué es la ablación*

Sólo partiendo del respeto a las distintas realidades culturales podremos abordar un tema tan delicado como el de la ablación o mutilación genital femenina. Los condicionantes socioculturales determinan en cada momento histórico qué conductas deben ser tipificadas como delito y cuáles deben quedar fuera de tal definición. Esta diferenciación de lo que es delictivo y lo que no se torna más compleja cuando esos condicionantes socioculturales se convierten en costumbres⁹ que dañan determinados derechos, pues “combinar el respeto a la diversidad cultural y a la diferencia, con el rechazo expreso y claro de prácticas determinadas, no es tarea fácil”.¹⁰ Ciertamente nunca se podrá defender una cultura o un motivo religioso que choque frontalmente con bienes jurídicos determinantes y protegidos por instrumentos internacionales.¹¹

En este marco se circunscribe la ablación o mutilación genital femenina, que se constituye como un rito ancestral que se practica en determinadas comunidades de África, por el cual se introduce a las niñas a la vida adulta.¹² En España se han dado casos sobre todo en Cataluña, migrantes que

⁹ Sobre la diferencia entre cultura y costumbre, Lucas, B., “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital fememmina”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, p. 1.

¹⁰ Asúa Batarrita, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 18, 2004, p. 87.

¹¹ Varios autores, *Curso de derecho penal, Parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencia, p. 4, “no porque un grupo social africano asentado en España estime que es una exigencia moral la ablación del clítoris de sus niñas, debe el Derecho penal aceptar tal orden moral y dejar impunes a quienes lo practiquen. Debe castigarse tal conducta como delito de lesiones, porque merma la integridad física de la mujer, lo que es una cuestión objetiva, y sin que el castigo de la ablación tenga significado alguno como adscripción de la víctima y su grupo social a una moral sexual impuesta por parte del Estado o del legislador”.

¹² Kaplan Marcusan, A., Programa de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Iniciación sin mutilación”, <http://cac.drac.com/200902/20090211.html>.

bien realizaron tales prácticas sobre sus hijas antes de viajar a España, o que aprovechan algún viaje a sus países de origen para practicarla.¹³

B. *Ámbito legal*

La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/146 del 20 de diciembre de 2012 *sobre la intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*, reconoce que

...la mutilación genital femenina es un abuso irreparable e irreversible que repercute negativamente en los derechos humanos de las mujeres y las niñas, afectando aproximadamente a entre 100 millones y 140 millones de mujeres y niñas en todo el mundo, y que cada año se estima que otros 3 millones de niñas corren el riesgo de ser sometidas a esta práctica en todo el mundo.¹⁴

Es por eso, que insta a

...los Estados a condenar todas las prácticas nocivas que afecten a las mujeres y las niñas, en particular la mutilación genital femenina, independientemente de que se realicen dentro o fuera de las instituciones médicas, y a tomar todas las medidas necesarias, incluso promulgando y aplicando leyes, para prohibir la mutilación genital femenina y proteger a las niñas y las mujeres contra esa forma de violencia, y a poner fin a la impunidad.¹⁵

De esta manera, algunos países vienen haciéndose cargo de tal tarea legislativa, pero los países más afectados, en ocasiones debido a las turbulencias políticas, no han elaborado esas leyes.¹⁶

Sobradamente conocido es el hecho de que España durante la primera década del siglo XXI vive una época de bonanza económica, motivo por el que se convierte en receptor de migrantes de diversas partes del mundo, cuyas tradiciones en ocasiones chocan con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Española de 1978, en cuyo artículo 15 se protege la integridad física de las personas. La protección de un valor tan importante tiene

¹³ Más información Torres Fernández, M. E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, pp. 7 y 8.

¹⁴ A/RES/67/146, *Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Para más información sobre cuáles son estos países consultar Asúa Batarrita, A., “Criminología y multiculturalismo...”, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

su reflejo en el código penal, que destina el título III del libro II a las lesiones, y que comienza en el artículo 147 cp. Por su parte, el artículo 149 recoge unas lesiones agravadas en función de si las mismas se refieren a un órgano principal, estableciendo que “el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

Su apartado 2, que fue introducido por reforma de *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, tipifica específicamente la mutilación genital de tal forma que “el que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

Si comparamos su contenido con el del apartado 1 poco añade, ya que dicho apartado 1 hace referencia a un órgano principal, y el definido en el apartado 2 lo es¹⁷, por lo que pareciera que el legislador ha introducido una especificación en aras a la posibilidad de afrontar la alegación del error de prohibición.

Así parece justificarlo la exposición de motivos de la LO 11/2003, cuando afirma que la introducción obedece a

...que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. ..., se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”.

¹⁷ Sobre la distinción, véase las reflexiones de Asúa Batarrita. A., “Criminología y multiculturalismo...”, *op. cit.*, p. 97 afirma que “el carácter irreversible de la ablación y sus consecuencias para la salud sexual, afectan seriamente a la salud síquica y física, y a mi juicio debe considerarse como pérdida equiparable a la mutilación de un órgano principal, o al menos debe considerarse conducta equiparable a la impotencia”.

A su vez, y para completar la persecución y castigo de esta práctica, el artículo 23.4 LOPJ, en su reforma de LO 3/2005, del 8 de julio, establece en su exposición de motivos que

la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. ..., los Estados miembros de la UE. ... se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor.

De ahí que “la presente Ley Orgánica posibilita la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”.

Éste es el motivo por el que esta ley, en un artículo único, añade un nuevo epígrafe *g* al apartado 4o. del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial, que hace competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

C. Análisis jurisprudencial

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4a.), Sentencia núm. 9/2013 del 4 de abril (ARP/2013/240) marca un antes y un después en la persecución penal del tipo agravado de lesiones tipificado en el artículo 149.2 del Código Penal Español, como es la mutilación genital.

Teniendo las dos variables analizadas (tanto el Código Penal como la LOPJ), podemos entender que en 2013 la AN marque un antes y un después en el enjuiciamiento de estos delitos pues castiga como autora a una madre que practicó la ablación a su hija fuera del territorio español, en su pueblo de origen en Senegal. En la Sentencia se declara probado que: Bárbara procedente de Senegal llegó a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, quien llevaba en España desde 1999 lograra la reagrupación familiar. La hija de ambos, Rosana, nacida en 2006 en Senegal, al practicársele una exploración dentro del protocolo de actuación de niños inmi-

grantes le fue apreciada la extirpación del clítoris, que le había sido practicada antes de venir a España como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal.

Son dos cuestiones las que nos interesa contrastar de la sentencia, en primer lugar la autoría y culpabilidad o no de la madre, y en segundo lugar la competencia de los juzgados españoles para conocer de un hecho delictivo (lesiones agravadas tipificadas en el artículo 149.2 CP) cometido en Senegal.

En cuanto al primer aspecto, el enfermero del hospital donde se exploró a la menor afirma una falta de sorpresa por parte de la madre al notificársele la noticia, lo cual indica que la madre sabía de la existencia de la lesión, al igual que el padre, que también se mostró indiferente. Por tanto el Tribunal concluye la autoría de la madre, bien directa, por los artículos 28 y 29 del CP, o en comisión por omisión según lo dispuesto por el artículo 11, CP. Respecto de la culpabilidad, cobra especial importancia en estos casos, como ya hemos apuntado, el actuar o no bajo un error de prohibición, y en tal caso, discernir sobre si es vencible o invencible. A este respecto, el tribunal entiende que

...así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos.

Entendiendo por tanto que el error sufrido por la acusada en vencible, procediendo a aminorar la pena de acuerdo a los cánones del artículo 14.3 CP, en uno o dos grados respecto de la pena prevista para el delito.

Respecto del segundo aspecto, la ya mencionada LOPJ en su artículo 23.4, y desde el año 2005 estima competentes a los tribunales españoles conocedores de tales delitos, y esta sentencia de la AN es la primera que se pronuncia en tales términos, haciendo responder penalmente a la madre de una menor que en el año 2006 llevó a cabo la ablación sobre aquella, quien finalmente es castigada con la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

El problema derivado de este castigo es el efecto que esta sentencia pueda tener sobre la comunidad africana asentada en España. Que los padres no lleven al médico a sus hijas por el temor a ser descubierta la ablación y

que precisamente sean los menores los perjudicados (quedarse sin asistencia sanitaria) ante el miedo de los padres de incurrir en responsabilidad penal. Una vez más el derecho penal llega tarde y mal a la solución de un conflicto social, como apunta Kaplan, resulta imprescindible tener en este caso “ojos africanos”¹⁸ al enfrentar el problema.

2. *La violencia doméstica en niñas, artículo 153.2 y 173.2 CP*

A. *Qué es la violencia doméstica. Ámbito legal*

El legislador penal se aventuró a tipificar un delito de violencia doméstica habitual en 1989,¹⁹ aunque con la intención político criminal última de hacer frente a los abusos que en este ámbito se llevaran a cabo contra las mujeres en especial, en respuesta a unas estadísticas publicadas en 1984 que ponían de manifiesto el número de denuncias de mujeres en contra de sus parejas, aunque el fundamento acabó identificándose no con las mujeres en sí, sino con el lugar que venía siendo escenario de ese ejercicio de violencia, el ámbito doméstico.

Delito que todavía existe, en una doble versión, violencia familiar ocasional recogida en el artículo 153.2²⁰ como delito de lesiones, y violencia do-

¹⁸ Kaplan Marcusan, A., Programa de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Iniciación sin mutilación”, <http://cac.drac.com/200902/20090211.html>. Sobre los recursos preventivos previos a la intervención del derecho penal, Kaplan Marcusan, A. *et al.*, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”, *Revista Atención primaria*, vol. 38, núm. 2, junio de 2006, p. 125, conocer los datos, programas formativos, contacto con las familias, etcétera, http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/MGF_Atencion_Primeria.pdf?iframe=true&width=100%&height=100%.

¹⁹ LO 3/1989 del 21 de junio, en cuya Exposición de motivos se alega que objeto de este delito consistía en la protección de los miembros físicamente más débiles del ámbito familiar.

²⁰ *Artículo 153.2 CP*: “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio 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 uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas 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 realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

méstica habitual como delito contra la integridad moral del artículo 173.2 del CP.²¹

Sin embargo a partir de 2004 el legislador introduce la visión de género, por eso el derecho penal actualmente despliega en el ámbito privado del hogar dos niveles de protección superpuestos que responden a fundamentos diferentes: *a*) en el caso de la violencia doméstica (artículos 153.2 y 173.2 CP) el fundamento estaría en la posición objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo derivada de la propia relación familiar,²² y *b*) en el caso de la violencia de género (artículo 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2, CP) el fundamento de la punición estaría, no en la especial vulnerabilidad de la víctima, y menos en la voluntad de dominio del autor, sino “en la mayor exposición al riesgo de sufrir violencia derivada del propio sexo de la víctima —de su condición de mujer—”.²³

Nos centraremos ahora en la violencia doméstica llevada a cabo por los padres sobre una menor, cuyo fundamento estaría en esa vulnerabilidad derivada de la relación familiar. Por ejemplo, pongamos el caso de la madre que ve cómo su pareja maltrata a la hija y no hace nada por evitarlo teniendo sobre ella posición de garante, su conducta equivale a la conducta activa de haberla maltratado ella misma, por lo que se le imputa a título de autora

²¹ Artículo 173.2 CP: “2. 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 por una análoga relación de afectividad, *aun sin convivencia*, o sobre los *descendientes*, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco 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*.... 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado 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”.

²² Lorenzo Copello, P., “Modificaciones del derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, pp. 346 y 347.

²³ *Ibidem*, p. 348.

en comisión por omisión, no de partícipe y este caso se corresponde con el mediático caso de la “niña Alba” al que haremos mención.

Hay que comprobar si penalmente esa situación de no intervención activa de la madre en el ejercicio de violencia pero sí en el silencio de la misma influye en el resultado. En estos términos, la responsabilidad que de esa conducta se deriva podría estimarse desde la omisión impropia, aunque también desde la participación, en función de la existencia o no de la posición de garante. Ello a la vez depende del concepto de autoría y participación que estimemos, pues hay quien estipula que con la cláusula concursal dispuesta en el artículo 173.2 del CP la violencia habitual doméstica “se sanciona independientemente del resultado causado, por tanto la participación por comisión quedaría circunscrita a los casos en que se produjera un resultado constitutivo de delito o falta independientemente y, únicamente, respecto a éstos”,²⁴ como es en el caso propuesto. Así Monge Fernández y Navas Córdoba sostienen que conforme a las bases de autoría y participación de los delitos especiales propios, los casos de participación de un particular (*extraneus*) solo puede responder como partícipe del delito especial [por ejemplo, la amante (*extraneus*) del marido (*intraneus*) le induce a maltratar a su esposa] ya que no existe un delito común que se corresponda con el especial.²⁵ Respecto de la autoría y participación en los delitos llevados a cabo en comisión por omisión según Silva Sánchez “cabe ser partícipe en comisión por omisión cuando la evitación del resultado de la parte especial no está siquiera al alcance del sujeto, pero sí lo está la neutralización de la contribución activa de un tercero al mismo, y es a eso a lo que el sujeto se había comprometido”.²⁶ ¿Sería, por ejemplo, ese el caso de la vecina que escucha los episodios de violencia y puede convencer a la madre de que lleve a su hija al médico? Por ahora nos preguntamos si la madre responde como autora en comisión por omisión por un delito del artículo 173.2, CP.

B. Análisis jurisprudencial

De algunos de los casos se ha hecho eco la jurisprudencia por lo que los tribunales no han sido ajenos al problema, encargándose de solventar las

²⁴ Ganzenmüller Roig *et al.*, “La violencia doméstica”, *AP*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999, p. 360.

²⁵ Monge Fernández, A. y Navas Córdoba, J. A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero a 5 de marzo de 2000, p. 193.

²⁶ Silva Sánchez, J. M., “La regulación de la «comisión por omisión»”, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 76 y 77.

cuestiones *de facto* presentadas. Pongamos el ejemplo más clásico al que hiciéramos mención *supra*; el que correspondería a aquella madre que ve cómo habitualmente su pareja ejerce violencia sobre el hijo en común y no hace nada para evitarlo; ¿sería el comportamiento de la madre subsumible dentro del marco penal que establece el tipo del artículo 173.2 en su versión de omisión impropia? y ¿por consiguiente, no una mera partícipe sino una autora en comisión por omisión? La respuesta en este caso la encontramos en la jurisprudencia donde se han afrontado estos conflictos interpretativos, de tal manera que nuestro TS se ha pronunciado al respecto condenando a una madre que no evita esos malos tratos de su compañero sentimental a la hija, como si hubiese causado esos resultados de manera activa. Es el caso de la STS (Sala de lo Penal) 20/2001 del 22 de enero, STS (Sala de lo Penal) 320/2005 del 10 de marzo, STS (Sala de lo Penal) 1161/2000 del 26 de junio,²⁷ que condenan a la mujer que en posición de garante no evita los malos tratos del padre a su hija.

Por el contrario, encontramos también casos en los que el tribunal en apelación rechaza el castigo impuesto en primera instancia, y absuelve a la madre de las conductas de malos tratos habituales en comisión por omisión.²⁸ En este caso concreto, la AP de Barcelona hace un estudio interesante del artículo 11, CP, resaltando algunas carencias en su formulación que históricamente fueron superadas en otras legislaciones. Carencias que concurren en la premisa de que la no evitación del resultado equivalga a la equiparación de su causación (identidad estructural entre la acción y la omisión según el sentido de la ley) con base en las tres específicas fuentes descritas del deber especial (ley, contrato y actuar precedente). Los requisitos de

²⁷ Estas sentencias se corresponden con tres casos similares en los que la hija es objeto de malos tratos por el padre o padrastro, situación de la que siendo conscientes las madres no hacen nada por evitar. En el primer caso se recurre una sentencia de la AP de Ciudad Real, pero el TS ratifica el castigo a la mujer alegando que “la condena de la recurrente se fundamenta en su comportamiento omisivo, ocupando omisión de garante al no haber evitado la producción habitual de resultados lesivos a la víctima menor, ocasionados materialmente por su compañero sentimental”. En el segundo caso la niña está tutelada por la Junta de Extremadura a través de uno de sus centros de menores pero en una de las visitas a su casa ocurren episodios de violencia por parte del padrastro sin que la mujer lo evite. La AP de Cáceres y el TS condenan a la madre en comisión por omisión pues la mujer “no puede eximirse de su condición de garante al menos en aquellos periodos de tiempo en los que los menores viven en el domicilio de aquella”. En el tercer supuesto la AP de Castellón de la Plana no condena a la mujer, por lo que es el MF quien recurre y el TS estima que “la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora para la consumación de las lesiones...se convierte a la luz jurisprudencial de esta sala en autora por comisión por comisión dada su posición de garante”.

²⁸ AP Barcelona (Sección 2a.). Sentencia núm. 156/1998 del 20 de febrero.

equivalencia y su relación con alguno de esos deberes no están claras en el caso concreto pues

la presencia de la posición de garante de la madre respecto de su hijo menor al estar obligada por la ley a velar por él, no será sin embargo suficiente para considerarla autora por omisión de las infracciones penales por las que fue acusada, pues para ello sería preciso, tal como se viene argumentando, que la no evitación del resultado equivaliera a su causación *según el sentido de la ley*, requisito que no puede estimarse concurrente en el supuesto analizado.

Entendemos que en este caso, el mayor problema que se planteó el tribunal fue el de aplicar otro tipo de interpretación que no fuese la meramente gramatical del texto punitivo en este punto, pues “ejercer”, con una mera interpretación gramatical, siempre se entenderá de manera activa ya que de esta forma nunca podría traducirse en una omisión.

La propia prensa ha recogido algunos de estos casos, en concreto nos llama la atención el llamado “caso Alba” acontecido en 2006 en Barcelona. En este caso se produjeron unas lesiones a una menor de cinco años que acabó en coma, hechos en los que la madre de la niña alega no haber participado. Sin embargo “según mantiene el escrito del fiscal, los dos procesados, de mutuo acuerdo, maltrataron en varias ocasiones a la niña en su domicilio familiar ya antes de la paliza que la dejó en coma”.²⁹ Por lo que en este caso la mujer según el fiscal es autora activa no en comisión por omisión, aunque en ese episodio en concreto pareciera no haber tomado parte de esas lesiones graves. Este caso se recoge en la SAP de Barcelona 26/2009 del 14 de enero, y en su FJ. 4 se argumenta la autoría en comisión por omisión de la madre de la niña y finalmente se confirma en el fallo condenándola por

...un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el artículo 173.2 CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor por un período de cinco años en aplicación de lo dispuesto en el artículos 57 y 48 CP, se prohíbe al condenado aproximarse a la víctima, su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1.000 metros, así como comunicarse con ella por

²⁹ *El País*, 11 de diciembre de 2008, “El padrastro de Alba niega haberle pegado y contradice a la madre. Comienza el juicio en Barcelona a Ana María C. y Francisco Javier P. por el supuesto maltrato que sufrió la menor a principios de 2006”.

cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta”.³⁰

3. *Violencia de género y noviazgo en adolescentes menores de edad, artículo 153.1, CP*

A. *Qué es la violencia de género. Ámbito legal*

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género del 28 de diciembre (en adelante la LOMPIVG) introduce la violencia de género en el Código Penal español. Hasta entonces lo que existía, era la violencia doméstica o familiar. La mencionada ley introduce una agravante de género en determinados delitos del código penal.

El objetivo de la ley se define en su artículo 1.1 que establece como premisa del plus punitivo de estos delitos el *actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*. En realidad esta ley no es una ley integral, sino que es una ley de medidas integrales, pues únicamente contiene agravaciones especiales en caso de violencia contra mujeres pareja, pero se olvida de las demás situaciones, ya sea de agresiones sexuales, en el aborto, en el homicidio, etcétera.³¹ O incluso de las mencionadas mutilaciones genitales, que podrían caber como expresión de esas relaciones de poder si la ablación se interpreta no sólo como una costumbre sino como una forma de control de la sexualidad de las mujeres.³² De esta forma, en su artículo 1.3 establece que *la violencia de género a que se establece la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*.

Comprobamos que el artículo 1.1 (la agravante específica de género), no se traslada a todos los actos descritos en el artículo 1.3, sino sólo a las lesio-

³⁰ SAP Barcelona 26/2009 del 14 de enero que sentencia el “caso Alba”.

³¹ González Cussac, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en Gómez Colomer, J. L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección Estudios Jurídicos, núm. 13, Universidad Jaume I, 2007, p. 421.

³² Sobre las distintas explicaciones Torres Fernández, M. E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, pp. 12 y 13.

nes del artículo 148.4, los malos tratos del artículo 153.1,³³ amenazas leves del 171.4 y coacciones leves del 172.2, CP, pero no a las agresiones a la libertad sexual ni a las privaciones arbitrarias de la libertad. Todo ello viene a completar las contradicciones que emanan de la propia redacción de la ley que dificulta discernir su objetivo y finalidad.

B. *Análisis jurisprudencial sobre noviazgo en menores de edad*

La expresión recogida en el artículo 1.1 de la LOMPIVG, *mujer unida por análoga relación aun sin convivencia* en principio llevaría a incluir las relaciones de noviazgo. Pero ¿cuál es el criterio que habrá que tomar en cuenta para discernir cuáles sí y cuáles no? La inclusión de estas relaciones ha sido criticada fuertemente por la inseguridad jurídica que genera y por eso hay quienes restringen el tipo cuando no existe convivencia.³⁴ Sin embargo, esa inseguridad debe resolverse caso a caso en los tribunales, ya que deberán probar que se dan las características propias de estas relaciones, esto es, el sentimiento de posesión y dominio.³⁵ De manera que la cuestión se complica cuando se trata de noviazgos adolescentes, así nos llama la atención que algunos tribunales no entiendan la posibilidad de violencia de género en los noviazgos adolescentes. La *análoga relación de afectividad aún sin convivencia* se interpreta dentro del tipo, según la Audiencia de Cantabria *sólo si existiera la finalidad de constituir una pareja estable, y esa finalidad puede “presumirse” en las relaciones de este tipo entre adultos que estudian o trabajan, pero no entre menores que están todavía en fase escolar*.³⁶ La ministra de Igualdad lamentaba que la AP de Can-

³³ *Artículo 153.1 CP*: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio 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, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

³⁴ Fernández Pantoja, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en Morillas Cueva, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, p. 99.

³⁵ Lorenzo Copello, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Pérez Álvarez, F., *Serta In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 833.

³⁶ El País, 20 de noviembre de 2009, “En un noviazgo adolescente no hay violencia machista según un tribunal”.

tabria no estimase violencia de género en la agresión de un chico de 14 años.³⁷ Según la propia sentencia,

...la relación de noviazgo tendría cabida en este contexto cuando ese noviazgo, más que cualificado por la duración, se encuentra cualificado por la intensidad y la finalidad de construir una pareja estable, con un proyecto compartido. Esta intensidad y esa finalidad pueden presumirse en las relaciones de noviazgo entre personas mayores de edad que estudian o trabajan pero su presunción es menos evidente entre menores de edad que están todavía en fase escolar en colegios o institutos que carecen de otros medios económicos que los que les proporcionan sus padres o tutores, con los que además conviven.³⁸

Por tanto siguiendo tales parámetros, lo importante es dar respuesta a cuándo estamos ante una relación de noviazgo y cuándo no, porque de ello dependerá aplicar un tipo penal (delito del artículo 153.1) u otro (falta del 617, CP). En nuestra opinión lo importante es que existan relaciones amorosas aunque no haya promesa de matrimonio, ni siquiera convivencia aunque de ello derivan dificultades de prueba, porque el agresor tenderá a negar la relación amorosa y a basarse en la de amistad precisamente porque es más beneficioso a efectos de pena, pero para eso está la prueba testifical de las personas allegadas a la pareja.³⁹ En cualquier caso, habrá que estudiar las características propias de cada caso y comprobar que efectivamente se da ese mayor desvalor de la conducta y esa exposición al riesgo.

La especial protección de las mujeres-pareja queda clara atendiendo a la finalidad de la ley dispuesta en el artículo 1.1; sin embargo, la introducción en los denominados delitos de género a *cualquier sujeto especialmente vulnerable que conviva con el autor*, sin especificar los sujetos activo y pasivo, hace que pueda recaer dicha protección sobre hombres especialmente vulnerables que convivan con el autor, aunque esa vulnerabilidad deba probarse en cada caso concreto. Aquella introducción supuso una concesión política de última hora en el Parlamento para que fuera más fácil la aprobación del tex-

³⁷ *El País*, 23 de noviembre de 2009, “Aído: Cuando hay violencia de género no importa si se tienen 50 o 16 años. La ministra de Igualdad se declara desanimada por sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cantabria, que no consideró violencia machista una agresión de un chico de catorce años”.

³⁸ SAP de Cantabria, 280/2009 del 5 de noviembre, FJ. 2.

³⁹ Peramato Martín, T., “La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español” en Iglesias Canle, I. C. y Lameiras Fernández, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 45 y 46.

to, y también ex-post, para salvar su constitucionalidad.⁴⁰ Lo cierto es que su inclusión resta rigor al fondo que subyace en la creación del propio término violencia de género, pues en *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* se entiende a menores y a ancianos, que no tiene por qué ser femenino. Como consecuencia tiene razón Maqueda Abreu cuando desestima la existencia de discriminación positiva porque tras la concesión de última hora hecha en términos de *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* acaba la posibilidad de estimar la ley como sexista.⁴¹

La clara imprecisión del término hizo que el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) criticara los términos empleados, pues según afirmaba en su Informe al Anteproyecto de la Ley,

...la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, precisamente por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se les presupone. La circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas.⁴²

Motivo por el que el propio CGPJ concluyera que “no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan solo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres”.⁴³ Cuestión a la que parte de la doctrina responde, al aludir que el Consejo

⁴⁰ Es resuelta por STC 59/2008, del 14 de mayo en su FJ. núm. 4 b). Ante lo que parte de la doctrina discrepa, así Acale Sánchez, M., “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en Puente Aba, L. M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, 2010, p. 70 en la que critica que el TC ignora que “la protección no es la misma, en la medida en que hace falta que concurren más elementos cuando se trata de una y otra víctima”.

⁴¹ Maqueda Abreu “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, *Revista Penal*, núm. 18, julio de 2006, pp. 178-180.

⁴² Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial del 21 de junio de 2004, p. 17. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

⁴³ *Idem*.

niega que esta sociedad sea sexista y dice que es irrelevante que el 90,2% del total de víctimas de violencia intrafamiliar sean mujeres (según los datos del propio consejo).⁴⁴ El Consejo además vacía de contenido el objeto de la Ley: la Ley supone un avance al señalar que la violencia es una manifestación del dominio de los hombres sobre las mujeres y el CGPJ dice que si la violencia es manifestación del dominio, la ley debe proteger a todas las personas en situación de subordinación, pero niega que esa subordinación y esa violencia tengan que ver con el dominio patriarcal.⁴⁵

Campos Cristóbal, por su parte, no ve inconveniente en que dentro de las *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* entren a formar parte los hombres, salvo por el no pequeño inconveniente de ir, de esta manera, contra el espíritu y filosofía de la ley, “con la diferencia de que en estos casos deberá probarse la vulnerabilidad que se presume o da por supuesto en la esposa”.⁴⁶ Es por ello que no negamos la importancia de introducir esas otras minorías, lo único es que no responden a la filosofía de la ley, en el sentido de no estar dentro del contexto de subordinación que responde a los “géneros”, sino que tiene una vez más que ver con el ámbito doméstico y de convivencia.

VII. CONCLUSIONES

Desde el respeto y el conocimiento de los derechos de las víctimas menores de edad, urge poner al día el catálogo de delitos atendiendo al interés superior del niño, y ello implica que debe hacerse evaluando las posibles consecuencias. De la misma forma, aplicar una visión de género en esa puesta al día, así como en la aplicación por parte de los tribunales puede

⁴⁴ “Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones”. Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ, septiembre de 2012, p. 9. “Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones”. Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ, septiembre de 2012, p. 9.

⁴⁵ Añón Roig, M. J. y Mestre i Mestre, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en Boix Reig, J. y Martínez García, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, del 28 de diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005, p. 46.

⁴⁶ Campos Cristóbal, R. “Tratamiento penal de la violencia de género”, en Boix Reig, J. y Martínez García, E. (coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, del 28 de diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005, p. 270.

mejorar la calidad de vida de muchas menores y adolescentes, que se relacionan en un contexto patriarcal.

De ahí que hayamos querido traer a colación dos casos en concreto; la violencia de género en una relación adolescente y la práctica de la ablación a niñas de determinadas zonas africanas asentadas en España. Aunque concretamente el Código Penal tipifica esos comportamientos, los tribunales encuentran dificultades en su aplicación. Desde 2005 se permite a los jueces españoles, a través de la LOPJ, juzgar casos relacionados con la mutilación femenina realizada en otro país cuando la víctima se encuentra en España, y no es hasta 2013 cuando existe la primera sentencia. En este caso queda por observar las consecuencias de tal castigo. Si serán las propias menores las perjudicadas por el temor de los padres a incurrir en responsabilidad penal si las llevan al médico.

Así por el contrario, criticamos que algunos juzgados no estimen violencia de género en una relación de pareja de adolescentes. La visión de género está presente desde la más tierna infancia, y no por no haber un vínculo serio de proyecto de vida en una pareja debe desestimarse la posibilidad de la existencia de violencia de género. Solo es aplicable en el caso concreto, por lo que los jueces deben tener esa visión de género, que no se entiende si no partimos de un contexto patriarcal en el que enclavar las relaciones entre lo masculino y lo femenino.

De la misma forma, respecto a la responsabilidad de los padres respecto de los hijos, se puede castigar en comisión por omisión del delito de violencia doméstica a los padres que viendo el maltrato de la pareja sobre la hija de ambos, no haga nada para evitarlo. Atendiendo a los requisitos del artículo 11 del Código Penal puede castigarse tal conducta omisiva con base a la posición de garante de los padres. Lo cual implica castigarle como autor en comisión por omisión, esto es, como si activamente hubiese cometido los hechos.

Sin embargo, la apuesta decidida por la educación en igualdad y en el respeto a los derechos humanos en general traería mejores consecuencias para la vida de los niños y niñas, más que el recurso decidido al uso del derecho penal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

“Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclu-

- siones”. Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ. Septiembre 2012.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L. M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, 2010.
- AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005.
- ASÚA BATARRITA, A.; “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 18, 2004.
- CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid, Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.
- GANZENMÜLLER ROIG, C. *et al.*, “La violencia doméstica”, *AP*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Universidad Jaume I., colección *Estudis jurídics*, núm. 13, 2007.
- Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004, consultar en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/Get-Records?Template=cgkj/cgkj/principal.htm>.
- KAPLAN MARCUSAN, A. *et al.*, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”, *Revista Atención primaria*, vol. 38, núm. 2, junio de 2006.

- , Programa de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Iniciación sin mutilación”, <http://cac.drac.com/200902/20090211.html>
- LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Pérez Álvarez, F. Serta In memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- , “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006.
- LUCAS, B.; “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital fememnina”, en Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 17, 2008
- MAQUEDA ABREU “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la la Ley Integral”, *Revista Penal*, núm. 18, julio de 2006.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J. A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero a 5 de marzo de 2000.
- PERAMATO MARTÍN, T., “La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho penal español”, en Iglesias CANLE, I. C. y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La regulación de la «comisión por omisión»”, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008.
- UNICEF, “La Violencia doméstica contra mujeres y niñas”, *Innocenti Digest*, núm. 6, junio de 2000, fuente HEISE, L., 1994, en www.unicef-icdc.org.
- VARIOS AUTORES, *Curso de derecho penal, Parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.