

8. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS CON TRATAMIENTO ESPECÍFICO

8.1 Violencia doméstica

El fenómeno de la violencia doméstica está estrechamente vinculado con la violencia contra la mujer, dado que en muchas ocasiones la violencia que se ejerce sobre la pareja se amplía a otros miembros de la unidad familiar, especialmente a los hijos menores, lo que justifica que sean las mismas secciones especializadas de las Fiscalías las que se ocupen de dar una respuesta eficiente a este agudo problema social.

Una vez más hay que mencionar que la Instrucción núm. 7/2005 de la Fiscalía General del Estado estableció la directriz de que *«la Sección contra la Violencia sobre la Mujer será de Género y Doméstica, de manera que junto a la intervención en materias atribuidas a los Juzgados de Violencia, la Sección mantendrá la actividad de coordinación, registro y estadística de los procedimientos por conductas de violencia doméstica, y si fuere posible tendrá intervención también en estos procedimientos»*. Dado que los aspectos específicos de violencia sobre la mujer son objeto de singular atención en el capítulo elaborado por la Sra. Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer; en el presente apartado, recogeremos algunas cuestiones particulares que se reflejan en las Memorias de las diferentes Fiscalías territoriales, que en general, contienen sugestivas reflexiones sobre la materia.

Como en años anteriores, se hará referencia a problemas de interpretación y aplicación de las normas, a cuestiones de organización y medios personales y materiales, así como a la valoración de los datos criminológicos que suministran las estadísticas y las tendencias que se indican en ellas.

DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR CONFORME AL ARTÍCULO 416 LECRIM

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Albacete señala que el punto de conexión que vincula la materia de violencia doméstica con la de violencia de género, estriba en el gran número de sentencias absolutorias que tienen como base la alegación del artículo 416 de la LECRIM, derecho a no declarar que ampara además de a los cónyuges o personas unidas por relación de hecho análoga a la matrimonial, a los ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos, a los colaterales hasta el segundo grado civil, así como a los hijos

naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, y a la madre y el padre en iguales casos.

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona también incide en esta problemática, recalcando que el uso de la dispensa en la violencia familiar, sobre todo en la que se produce de hijos a sus progenitores, es mayoritaria, de modo que aunque en ocasiones se logra formular acusación, sin otros testigos el sentido de la sentencia es absolutorio. Por ello se ha intentado por la citada Fiscalía lograr para el acto del juicio la mayor prueba posible que permita sancionar estos hechos cuando proceda.

El estado de la llamada jurisprudencia menor sobre esta materia se resume por la Fiscalía Provincial de Madrid, puesto que las Secciones 26.^a y 27.^a de la Audiencia Provincial, siguiendo una postura también mayoritaria en otras Audiencias Provinciales, permiten la dispensa a la víctima, aunque haya sido ella quien promueva el procedimiento como denunciante. Así, la sentencia núm. 244/2010, de 14 de abril de 2010, de la Sección 26.^a de la citada Audiencia, afirma que: *«No puede desconocerse, sin embargo, que la cuestión presenta perfiles propios, no precisamente insignificantes, cuando en el testigo converge también la condición de eventual perjudicado por el hecho delictivo que se enjuicia, más todavía cuando es cabalmente el testigo quien con su denuncia puso en conocimiento del órgano jurisdiccional (directamente o a través de agentes de la autoridad) la posible comisión del hecho delictivo que es objeto del proceso, dando así comienzo al mismo; y más aún cuando el propio testigo resuelve, en esa condición de perjudicado por el hecho delictivo, ejercitar la acusación particular. El conflicto anteriormente citado entre la general obligación de declarar y la fidelidad o propósito de no perjudicar al acusado cobra, en cada uno de estos casos y con creciente intensidad, una significación distinta. Y, por eso, resultaría perfectamente factible una opción de política legislativa en la que, con relación a todos o a alguno de aquellos supuestos, se excluyera al testigo perjudicado (denunciante y/o acusador particular) de la dispensa contemplada en el ya tan citado artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

No obstante lo anterior, el hecho cierto es que dicha opción no ha sido ejercitada por el legislador español. Y no evidentemente porque no hubiese tenido oportunidades para hacerlo (aprovechando, incluso, las diferentes reformas que ha experimentado nuestra legislación procesal penal, también, en una ocasión muy reciente, el propio artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y tampoco, como es claro, porque las particularidades que presentan esta clase o cate-

goría de testigos con relación a la dispensa, no haya sido repetidamente puesta de relieve por la doctrina científica y por múltiples resoluciones de nuestros Tribunales, incluido el Tribunal Supremo. De forma tal que el tradicional axioma: no debe diferenciarse donde el legislador no distingue, cobra tanto más valor cuando esa indiferenciación legislativa es consecuencia no de un mero olvido o de un problema que hubiese quedado inadvertido, sino de la decisión de mantener idéntico trato a cualquier testigo en quien concurran las relaciones a las que el precepto se refiere (y que, por cierto, muy recientemente, –tanto que ni siquiera todavía ha entrado en vigor la modificación legal– se ha ampliado expresamente, como ya había venido declarando nuestro Tribunal Supremo, a quienes mantienen con el acusado una relación análoga al matrimonio).»

Ante la situación expuesta, la Fiscalía Provincial de Cáceres propone la reforma del derecho de dispensa, por entender que no tiene ningún sentido que se considere la violencia en el ámbito familiar como un grave problema social, se insista en el carácter público de estos delitos, desterrando así la idea de que nos hallamos ante una problemática personal y privada, para al fin y a la postre dejar en manos de la víctima, en el momento del Juicio Oral, la continuación del procedimiento, sobre todo si tenemos en cuenta que estos delitos se cometen en la mayor parte de los casos en privado, con ausencia de testigos. En definitiva, sería preciso distinguir entre el testigo y el testigo-víctima.

No obstante, la Fiscalía del Principado de Asturias, destaca que de 786 asuntos penales por violencia doméstica y género en los Juzgados de Oviedo, en 206 se produjo una retirada de la denuncia por parte de la víctima, lo que permite cuestionar la oportunidad o conveniencia de ciertas propuestas de reforma procesal tendentes a minorar o suprimir los reductos de respeto a la voluntad de la víctima presentes todavía en nuestra legislación procesal.

QUEBRANTAMIENTOS CONSENTIDOS

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Albacete indica que la vinculación afectiva subyacente entre imputados y víctimas, en los delitos de violencia doméstica, supone que, con frecuencia, la existencia de perdón haga ineficaces las medidas de protección interesadas *ab initio* por las víctimas, que se retractan de las solicitudes efectuadas en ese sentido, lo que provoca, en caso de mantenimiento de las medidas cautelares de naturaleza penal acordadas, quebrantamientos

de medidas cautelares consentidos por la víctima. En caso de sentencias condenatorias, también se producen similares problemas, dando lugar a quebrantamientos de pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima consentidos por ésta.

ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO

Son abundantes las Memorias provinciales que hacen hincapié en los problemas que plantea el registro informático en esta materia.

Entre las Fiscalías territoriales que utilizan el sistema Fortuny es habitual la observación de que la aplicación informática depende en gran medida de la anotación de los datos por el personal tramitador de la Oficina Fiscal, lo que determina carencias en el registro y mala clasificación de los ilícitos. Esta situación conlleva que sea necesario en muchos casos realizar un recuento manual y un cotejo con la aplicación utilizada por los órganos judiciales y que, como los datos que se exigen desde la Fiscalía General del Estado son muy detallados, sea precisa una ingente labor para que puedan ser adecuadamente recopilados.

También se alude a que existe confusión a la hora de registrar la violencia doméstica con la de género, que se acrecienta al haber supuestos mixtos, que pueden dar lugar a que los ilícitos no se incluyan en el grupo adecuado. Además, como señala la Fiscalía Provincial de Cádiz, el problema se agudiza porque el registro para ambas materias –violencia doméstica y de género– es compartido, sin que en el mismo se articule mecanismo alguno que permita discriminar los datos relativos a una y a otra, lo que exige un esfuerzo añadido a los miembros de la sección, situación que provoca, según indica la Fiscalía Provincial de Granada, que sea incluso difícil ofrecer la relación completa de causas que se han tramitado por Diligencias Urgentes o por Previas.

Como síntesis de los problemas observados, recogemos un año más la opinión de la Fiscalía Provincial de Córdoba:

1. La aplicación no registra los Procedimientos Abreviados como tales, por lo que los funcionarios deben seguir usando en Fiscalía el número de Diligencias Previas que les antecedieron, introduciendo por una nota, a mero efecto informativo, el número de Procedimiento Abreviado. Es más, cuando la web permite introducir el número de procedimiento como concepto «PA» en realidad el procedimiento está ya en fase de Juicio Oral en el Juzgado de lo Penal.

2. En los delitos, se tiene acceso a una relación, donde se recogen tipos del Código Penal, pero de una forma genérica, sin ninguna identificación alusiva al artículo del mismo a que se refiere, referencia que podría ser clarificadora en muchos casos. En concreto, no se distinguen grados de comisión (consumado, tentativa), no se diferencia el maltrato habitual del ocasional (solo se puede introducir «Maltrato Familiar»); no hay en la aplicación «delito contra la Integridad Moral del 173.1», y asimismo no deslinda entre Quebrantamiento de Condena y Quebrantamiento de Medida Cautelar, recogiendo solo la primera posibilidad. Su subsanación es determinante para el desarrollo correcto de nuestro trabajo y la exactitud de la Memoria. Es reiterada la queja de que los conceptos que utiliza la web no encajan exactamente en los tipos delictivos previstos en el Código Penal.

3. No parece que haya acceso a una relación que recoja las sentencias y la información que acerca de las mismas se introducen en la web, para responder al Cuadro III, «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal apreciadas en sentencias», Reincidencia – agravante de parentesco. Idem para el Cuadro IV Parentesco de la Víctima con el agresor.

4. No se conoce ningún control en la web que permita recoger la información que es preciso recopilar sobre retiradas de acusación. Las referencias que constan en la memoria se han tenido que consultar en la página web del CGPJ.

Respecto a las Órdenes de Protección, aunque se introdujeron en la web en 2008, las deficiencias continúan siendo relevantes porque no se tiene acceso a una relación de las mismas, y además no pueden introducirse las denegadas. En la Sección de Córdoba se lleva anotación manual de las mismas. Tampoco la web permite registrar piezas separadas, modo habitual de tramitación de las órdenes en el Juzgado, por lo que no hay constancia en la aplicación de la intervención del fiscal en dichas piezas (recursos, petición de retiradas de órdenes etc.).

En Cataluña, donde se utiliza el programa informático GIF (Gestión Integral de Fiscalía), las Fiscalías territoriales también realizan observaciones sobre las deficiencias del sistema. Así, la Fiscalía Provincial de Girona señala que en el elenco de tipos delictivos y faltas que pueden introducirse para completar el registro de cada causa no aparecen los tipos específicos de violencia sobre la mujer, y únicamente existe la entrada genérica de maltrato del 153 y violencia doméstica habitual (173.2), incluso la aplicación informática permite una entrada definida como falta de maltrato (art. 153) que lógicamente no se corresponde con la realidad penal. Por ello, y porque hay cam-

pos que componen el registro que no se corresponden con lo solicitado, desde la Fiscalía General del Estado, como complemento al registro informático, a fin de poder llevar un control diferenciado de la violencia doméstica y de género, y contar con todos los datos estadísticos necesarios, se ha seguido rellenando una ficha en formato papel por cada procedimiento incoado en la que se recoge cada uno de los apartados que después es objeto de la estadística que se confecciona para la Memoria. Además, la Policía Autonómica, Cuerpo de Mossos d'Esquadra, hace llegar a la Fiscalía copia adicional de todos los atestados instruidos por violencia doméstica y de género, con indicación del Juzgado al que han sido entregados y clase y número de procedimiento incoado por los Juzgados. Dichos atestados se pasan a la fiscal delegada para determinar si son asuntos de violencia sobre la mujer o doméstica y el tipo de relación, y después se remiten a los funcionarios encargados de la llevanza de los asuntos derivados de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de cada partido judicial que, en caso de que no lo haya hecho hasta ese momento, rellena la ficha de procedimiento a la que antes se ha hecho referencia, que va completando posteriormente, según se van tramitando los procedimientos incoados por los Juzgados, pidiéndose para ello a todos los fiscales adscritos a los distintos Juzgados de la provincia el máximo celo a la hora de firmar notificaciones y guardar en la carpetilla correspondiente copia de la resolución notificada.

También en Canarias se observan deficiencias en el programa Atlante II, consistentes en que, salvo en los Juzgados especializados, no es posible distinguir entre violencia de género y violencia doméstica, y en que, en los Juzgados mixtos, no es factible realizar un completo seguimiento de los procedimientos más graves, por lo que el control ha de llevarse por los delegados provinciales en un registro informático propio.

En el País Vasco se utiliza el programa Justiziabat, que también plantea disfunciones al estar pensado para Juzgados y no para la Fiscalía, como señala la Memoria de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa. Además, la escasa información que proporciona «Justiziabat» no se ajusta a los estadillos solicitados por la Fiscalía General del Estado, lo que ha obligado a los funcionarios de la Fiscalía a crear rudimentarias hojas de cálculo (hojas Excel), donde reflejar determinados datos, tales como circunstancias atenuantes y agravantes, o incluso fechas de entrada y salida, trámites realizados por el Fiscal, o, incluso los propios expedientes civiles.

SOBRE EL REQUISITO DE CONVIVENCIA ENTRE VÍCTIMA Y AGRESOR

Son numerosas las Fiscalías territoriales que mencionan en sus Memorias la disminución de procedimientos abreviados en materia de violencia doméstica y un incremento correlativo de los Juicios de Falta, a raíz de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo –entre ellas, la Sentencia de 16 de marzo de 2007– y de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2008 en la que se establece que, «*en adelante, las señoras y señores fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los arts. 153.2.º y 173.2.º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima*».

LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS MENORES INTEGRADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR

Al comienzo de este epígrafe hicimos mención a que la violencia de género suele extenderse a los hijos menores de la pareja. Sobre esta materia, la Memoria de la Fiscalía Provincial de Granada contiene un interesante estudio.

En el mismo se alude a cómo distintos Organismos Internacionales sensibilizados con el maltrato infantil, comenzaron a realizar Declaraciones y Recomendaciones, entre las que cabe destacar, por su precocidad, la «Declaración de Ginebra o tablas de los Derechos de los Niños» de la Sociedad de Naciones en 1924; La «Declaración de los Derechos del Niño» en 1959, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, que proclama diez principios básicos que deben orientar las políticas nacionales y los comportamientos sociales hacia la protección de la infancia, para que pueda desarrollarse física y socialmente de forma saludable (Principios I y IV), en un ambiente de afecto y seguridad (Principio VI) y ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación (Principio IX); Las recomendaciones 561 de 30 de septiembre de 1969 y la 874 de la Asamblea Parlamentaria relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño» del Consejo de Europa dirigidas a prevenir los malos tratos; La «Convención sobre los Derechos del Niño», de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas que viene a dar concreción y forma jurídica a los Principios de la Declaración del año 1959, y que España

ratifica en 1990 (BOE de 31 de diciembre); y, por último, las Resoluciones de las Naciones Unidas que proclaman la década 2000 al 2010 «Década Internacional para la Cultura de la Paz y No-Violencia para los Niños», y la necesidad de trabajar a favor de la Paz y No-Violencia en la vida diaria de cada niño y niña, en los hogares, en las escuelas, en la comunidad y en la programación televisiva, como el mecanismo a nuestro alcance para la construcción de la Paz desde la Comunidad Educativa Escolar.

El citado estudio continúa señalando cómo el maltrato infantil que ocurre en el contexto familiar tiene una etiología multifactorial y una existencia a menudo larvada, lo que conlleva una dificultad intrínseca para su conceptualización y para su definición, así como que solo un 10 o un 20 por 100 de los casos de maltrato infantil sale a la luz. El miedo, la sensación de culpabilidad y su corta edad –dado que están especialmente expuestos a esta violencia los bebés y los niños menores de tres años– actúan como una mordaza. Ni siquiera ante los psicólogos confiesan las agresiones.

El estudio concluye con las consecuencias que esta violencia produce en niños y niñas:

- Problemas de asimilación de la situación que están viviendo (principalmente al inicio del proceso).

- Problemas de socialización: inseguridad, desconfianza, irritabilidad, aislamiento.

- Problemas de integración en la escuela: agresividad hacia otros/ otras compañeros/as, introversión con problemas de relación, problemas de concentración, déficit atencional, disminución en el rendimiento.

- Síntomas depresivos: falta de confianza en el futuro, en sí mismos y en la vida (desesperanza), llanto, tristeza, aislamiento, baja autoestima.

- Síntomas de estrés postraumático como insomnio, pesadillas, ansiedad.

- Problemas en el control de esfínteres: enuresis y, en menor medida, ecopresis (principalmente en los/las niños y niñas más pequeños/as).

- Alteraciones en el desarrollo afectivo y funcional que después son muy difíciles de compensar, afectando en muchos casos a la formación temprana, pudiéndose convertir así en la semilla para comportamientos psicopáticos y antisociales.

- Sentimiento de responsabilidad frente la situación de maltrato de su madre.

- Utilización de la violencia como técnica para resolver problemas.
- Asunción de los roles parentales: en los casos de los niños, se observa que algunos menores tienden a adoptar la postura del padre, reproduciendo esos modelos violentos de conducta, denigrando y agrediendo a su madre. En los casos de las niñas, éstas tienden más a asumir el papel de víctima.

CUESTIONES CRIMINOLÓGICAS

El grueso de las cifras de violencia doméstica se concentra en tres apartados, a saber, denuncias de varones respecto de las mujeres con las que conviven; violencia de hijos respecto de sus ascendientes, y denuncias de hijos menores de edad adolescentes respecto de sus progenitores.

En el territorio de algunas Fiscalías, la primera de las formas de violencia mencionadas es la más abundante. Así la Fiscalía Provincial de Girona afirma que en 2010 la mayoría de los procedimientos se refieren violencia contra la pareja, cónyuge, ex cónyuge o ex pareja con un total de 136, lo que supone un ligero aumento frente a los 125 del año anterior. Este año, a pesar de seguir siendo elevado el número de infracciones penales que han sido cometidas por hijos contra sus progenitores, lo cierto es que han disminuido el número, pues han pasado de los 124 del año 2009 a los 84 de éste. Igualmente ha bajado, aunque en menor medida, el número de procedimientos por actos violentos de progenitores contra sus hijos al haber pasado de los 95 del año anterior hasta los 88 del año 2010. Lo mismo sucede en Lleida, donde, según la Memoria, en relación al parentesco de la víctima con el agresor destacan las agresiones de parejas o ex parejas sentimentales o cónyuges femeninos hacia sus ex cónyuges masculinos (28 denuncias) seguidas por el de los progenitores por delitos cometidos hacia sus hijos (14 denuncias). Y en Lugo, donde la víctima más habitual es la pareja de hecho.

En otras, como Alicante, León y Barcelona, prima la violencia de descendientes respecto de sus ascendientes.

a) Violencia de descendientes respecto de ascendientes.

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Alicante destaca que es habitual que se formule denuncia y que la misma se ratifique en el Juzgado, pero que en el juicio oral el denunciante se acoja a la dispensa de declarar. Ello es debido, en muchos casos, a la presencia de problemas mentales, de consumo de drogas o psicotrópicos, que

determinan sobre todo la búsqueda de ayuda institucional. Esta misma situación es puesta de manifiesto por la Fiscalía Provincial de Barcelona, que señala que la denuncia se produce cuando la situación se hace insostenible o se ha tenido que acudir a un centro médico, si bien posteriormente el denunciante rechaza la condena y la pena de alejamiento, ya acogándose a la dispensa del artículo 416 LECrim, ya retractándose de sus declaraciones previas en el acto del juicio oral. Este lógico conflicto entre el deber de decir verdad y los vínculos de afectividad que une a los parientes es también destacado por la Memoria de la Fiscalía Provincial de Burgos.

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Pontevedra afirma que en su territorio la mayoría de los agresores son hijos, de los que una parte importante son menores de edad, los cuales suelen presentar trastornos de comportamiento, que precisan un tratamiento especializado.

b) Violencia de progenitores respecto de menores de edad adolescentes.

En este apartado, la Memoria de la Fiscalía Provincial de Alicante menciona el incremento de denuncias contra las nuevas parejas de las madres. Por su parte, para la Fiscalía Provincial de Pontevedra merecen especial preocupación las agresiones de todo tipo de los padres a los hijos, concretamente a hijos menores de edad. Cuando se conocen conductas de esta índole se ponen inmediatamente en conocimiento de Protección de Menores. Cuando se trata de familias desestructuradas y con actitudes anómalas patentes por parte de los miembros de la pareja o del progenitor custodio, se comunica también a Protección de Menores, que investiga la situación de esos hijos menores de edad, haciéndose cargo muchas veces la Administración de la custodia de los mismos.

Observa la Memoria de la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife que cuando las víctimas son niños y niñas agredidas por sus progenitores, se sigue, en ocasiones, aplicando de forma indebida el derecho de corrección en agresiones puntuales.

c) La difícil solución de los casos en que el agresor es alcohólico, drogado, o presenta problemas mentales.

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Cáceres reflexiona sobre los problemas que en este ámbito plantea la imposición de la pena de alejamiento obligatorio, ya que es difícil pensar en la recuperación de una persona a la que se aísla de su entorno y a la que se le prohíbe cualquier tipo de contacto con sus seres queridos. No hay que olvidar

que cuando las víctimas de este tipo de delitos acuden a la Justicia, pretenden, no tanto la imposición de una sanción a una conducta típicamente reprochable, sino la solución a la dramática situación que están viviendo.

Sobre este tema, la Memoria de la Fiscalía Provincial de Palencia comenta que ninguna solución existe para aquellas personas que sufren una enfermedad mental, que conviven con sus padres o hermanos, y agreden a éstos, pues, aunque efectivamente cabe el internamiento psiquiátrico no voluntario, cuando la dolencia lo precisa, si se tiene en cuenta que el ingreso se limita a los períodos en que la enfermedad tiene un «brote activo» y que las personas que con él conviven, son en su mayoría incapaces de controlar su enfermedad, una vez reciben el alta médica, el problema persiste.

Señalando la misma tendencia, la Memoria de la Fiscalía Provincial de Valencia apunta que la problemática judicial de esta materia se relaciona directamente con hijos que padecen algún trastorno psíquico o que son adictos al alcohol o drogas, y que el conocimiento judicial de esta clase de agresión se produce cuando los padres se ven impotentes para resolver el problema familiar, como especialmente sucede con las esquizofrenias no medicadas. En la mayoría de los casos, los padres que sufren agresiones tienen una edad avanzada. Frecuentemente el agresor tiene una media de edad de 30-40 años y los padres entre 65-80 años.

Finalmente, la Memoria de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa refiere que en el caso concreto de la esquizofrenia paranoide, la situación se agrava en aquellos casos –cada vez más numerosos–, de hijos que abandonan el tratamiento o que suman a su patología el abuso de sustancias tóxicas (alcohol, drogas...), a lo que se añade que, en la mayor parte de las ocasiones, la edad de los progenitores es muy avanzada, por lo que su capacidad para constituirse en garantes del adecuado seguimiento de las prescripciones médicas y farmacológicas es muy limitada, con la consecuencia de que, finalmente, los agravamientos de la enfermedad o de sus síntomas no reciben una respuesta adecuada.

d) La situación de los ancianos con vulnerabilidad.

La Fiscalía Provincial de Málaga indica que, en supuestos de víctimas mayores con vulnerabilidad, sin perjuicio de iniciarse las preceptivas diligencias informativas de investigación penal por presunto maltrato o abandono, se insta de forma inmediata a la Entidad Pública, a través de la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social, para que preste cobertura institucional de forma rápida e inmediata a

las víctimas, tal y como preceptúa el *Decreto de la Consejería de Asuntos Sociales de Andalucía y de protección Jurídica a las personas mayores de 3 de febrero de 2004*, solicitando tal auxilio Institucional en cada uno de los asuntos abiertos en Fiscalía. Esa aplicación supone la simplificación del procedimiento de acceso a los recursos y servicios que la normativa autonómica reconoce para las personas mayores, dado que en su artículo 9 recoge como deber primordial el de asistencia a los mayores víctimas de maltrato adjudicándoles en un plazo máximo de 10 días asistencia y servicios o Centro Asistencial, siendo la actuación de la Fiscalía un importante factor en orden a agilizar tales ingresos asistenciales.

PENA DE ALEJAMIENTO

Por su interés incorporamos en el texto de este apartado uno de los Decretos elaborados por el fiscal delegado contra la Violencia sobre la Mujer de A Coruña sobre la posibilidad de no interesar en determinados casos la pena de alejamiento.

«Expediente sobre solicitud de autorización para no interesar la pena de alejamiento núm. 1/2010.

Hechos:

Primero. En oficio núm. 180/09 la Excma. Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer estableció que, con carácter excepcional, en determinados supuestos, que atañen a las conductas comprendidas en el artículo 153.1 y 2, no se solicitase la pena de alejamiento. Dicha facultad excepcional requeriría la previa autorización del Ilmo. Sr/Sra. Fiscal Jefe o, en su caso, de quién en éstos deleguen esa facultad.

Segundo. Por orden de 31 de marzo de 2010 la Ilma. Sra. Fiscal Jefe ha delegado la concesión o denegación de la autorización en el fiscal delegado contra la Violencia sobre la Mujer.

Tercero. El día 21 de junio de 2010, en uso de esa posibilidad, la Ilma. Sra. doña Isabel Hernández Escobar plantea que se conceda la referida autorización en las diligencias urgentes núm. 81/2010, del Juzgado de Instrucción núm. 4 de A Coruña. Al tratarse de diligencias urgentes se presentó el escrito de acusación solicitando la pena de ale-

amiento y ahora se pretende la autorización para retirar esa petición en el Juicio que se celebrará el próximo día 28.

Cuarto. Aunque se acompaña con la petición el escrito de acusación, no está de más recordar que se trata de un supuesto de violencia doméstica en el que el padre agrede a su hijo adoptivo. Como fundamento de la petición se razona que se pretende evitar el perjuicio que pudiera resultar de privar al menor de las relaciones personales y de la atención, cuidado y afecto que recibe de su padre, con el que tiene un importante vínculo afectivo.

Quinto. El anterior fundamento por sí solo no puede motivar la autorización pretendida, puesto que, la misma habrá de conectarse con circunstancias excepcionales que la justifiquen y que atañan a las circunstancias del hecho, las personales del autor y la situación de riesgo de la víctima. El vínculo afectivo y las relaciones personales concurren en la mayoría de los supuestos, salvo en familias muy desestructuradas, y aún en ellas, hay cierto vínculo afectivo determinado por la convivencia. Tampoco la protección del menor es suficiente por sí sola para motivar la decisión, ya que, como se verá, con los datos de la causa, resulta muy cuestionable que el interés del menor sea permanecer en compañía de su padre, como después se razonará, ante la entidad de los hechos imputados al acusado. Resulta preciso, por ello, el examen personal de las diligencias urgentes para apreciar si existe o no esa razón de excepcionalidad, que justifique la concesión de la autorización.

Por tanto, procederé a determinar dentro de los parámetros señalados por la Excm. Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer la concurrencia o no de esos motivos excepcionales.

1) *Las circunstancias del hecho.* Se relata por el menor (13 años) la agresión de su padre de forma clara y precisa en el atestado. Resulta importante, a estos efectos, valorar que la misma se produce en dos momentos cronológicos distintos, el primero durante el trayecto hacia su casa y el segundo en el garaje de la vivienda. Así se recoge en el escrito de acusación. Por tanto, la primera reflexión es que no se trata de un acto esporádico y momentáneo, lo que permite excluir un supuesto arrebato determinante de la acción lesiva.

La agresión por su brutalidad excede con mucho de un supuesto derecho de corrección. Basta examinar el parte médico, en el que se recoge como diagnóstico policontusiones, su reflejo lesivo en distintas partes del cuerpo del menor y las fotografías del mismo, que resultan alarmantes, para apreciar que no se trata de un simple «tortazo», sino de una agresión en toda regla, que afecta a distintas partes del

cuerpo: costado, cuello y muslo. Corrobora esta valoración el informe forense que describe la existencia de hematomas superficiales con multitud de piqueteado hemorrágico en las zonas referidas. Por tanto, la segunda reflexión sería que la agresión tiene cierta entidad y está muy lejana del mal llamado derecho de corrección. Nada tiene que ver con él.

El incidente que desencadena la agresión está relacionado con una mentira del menor referente a un trabajo escolar que, desde luego, no puede recibir esta respuesta. Su nimiedad tampoco otorga ningún tipo de cobertura, ni siquiera, remota al suceso. Nada justifica esa desmesurada y persistente reacción ante algo tan nimio y habitual en un menor de esa edad.

Lo que resulta más importante, a estos efectos, es que el hecho no parece aislado, pues en la comparecencia inicial del atestado se refleja la existencia de otros incidentes que se refieren no solo al menor, sino a otros integrantes de la unidad familiar. En su declaración en el atestado, el menor confirma esta situación de forma expresa. Incluso, lo hace en su declaración judicial, aunque manifiesta que no quiere contar nada de lo que pasó en el coche, afirma que «su padre a veces le da un cachete o golpe suave», ahora ya minimizando lo que antes relató, pero aún así, manteniendo, si no el carácter habitual, si lo frecuente de esa inadecuada conducta violenta hacia el menor.

2) *Las circunstancias personales del autor.* En su mayor parte desconocidas en este momento, salvo las relativas al vínculo familiar. Sin embargo, según relata el agente denunciante, el menor le manifestó que su padre era muy agresivo y temperamental y que proyectaba esa manera de ser sobre su familia. Algo, por lo demás, acorde con los hechos descritos en el escrito de acusación.

3) *La situación de riesgo para la víctima.* Se configura como un dato esencial. Si partimos, por las razones expuestas, de que no se trata de un hecho aislado, de su carácter brutal y de la posibilidad de que estén afectados otros miembros de la unidad familiar, vemos que este riesgo es presumible y debe ser conjurado. Por tanto, surge la necesidad de protegerlo de ese eventual peligro y esto precisamente en su propio interés.

Sexto. Los datos referidos son los que resultan del atestado, de las declaraciones judiciales, del escrito de acusación y de la apertura del juicio oral, sin perjuicio de que los mismos, pudieran ser objeto de corrección como consecuencia de la valoración de la prueba que se practique en el Juicio. Éstos, sin embargo, son los que determinarán la

decisión que se tomen en este momento, que lógicamente será acorde con lo expuesto.

Séptimo. Dada la repercusión mediática que han tenido los hechos, de forma intencionada, se omiten en este Decreto, circunstancias fácticas, que pudiesen identificar al menor, aún de forma indirecta, que entiendo, no resultan precisas para adoptar la decisión.

Por ello, en uso de la facultad delegada, acuerdo denegar la autorización para no solicitar la pena de alejamiento en el juicio rápido núm. 81/10, que se celebrará el próximo día 28/06/10 en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de A Coruña, por no existir causa excepcional que la justifique como se razona en el apartado quinto de este Decreto.

Póngase este Decreto en conocimiento de la Excma. Sra. Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer, de la Ilma. Sra. Fiscal Jefe y de la Ilma. Sra. fiscal solicitante. Únase una copia de este Decreto a la carpetilla del Juicio Rápido 81/10 para constancia del Sr/ Sra. fiscal que asista al Juicio.

Lo acuerda y firma el fiscal delegado contra la Violencia sobre la Mujer».

AGRESIONES MUTUAS

En el territorio de algunas Audiencias Provinciales, cuando la violencia entre los miembros de una pareja o ex pareja es mutua, en ciertos casos se entiende que no existe el componente de dominación o subordinación determinante de la desigualdad, y entonces las conductas lesivas se desplazan del artículo 153 al 617.1 o 2 del Código Penal.

Según la Memoria de la Fiscalía Provincial de A Coruña, ésta es la doctrina de su Audiencia Provincial, si bien de forma excepcional y restrictiva, limitada a agresiones episódicas y de menor entidad, generalmente propiciadas por un entorno previo de ingesta de alcohol. No obstante, durante el año 2010 se aprecia una cierta tendencia expansiva de esta doctrina, que se está aplicando a supuestos desligados del origen de esta construcción, en la que cada vez desempeña un papel más importante la prueba del elemento de discriminación y dominación del hombre sobre la mujer.

Una deriva similar es comentada en otras Memorias territoriales. Así, la de la Fiscalía Provincial de Girona refiere que aunque los Juzgados de Instrucción competentes en materia de Violencia de Género tramitan estos asuntos como delito, la Audiencia Provincial ha estimado recursos de apelación planteados por las defensas, en los que, al

considerar que indiciariamente se acredita que las agresiones fueron mutuas, determina que los hechos son constitutivos de falta. Asimismo la Fiscalía Provincial de Guadalajara afirma que su Audiencia Provincial mantiene que cuando el resultado lesivo no haya precisado para su sanidad tratamiento médico, es necesario que la acción vaya más allá de lesionar la integridad física y sea un instrumento de dominación, discriminación o subyugación de la mujer. Asimismo la Fiscalía Provincial de Lugo recoge en su Memoria que la Audiencia Provincial a mediados de 2010 cambió su doctrina, exigiendo para la condena al varón por delito, *«una situación de desigualdad, dominación o sumisión, afectantes a la libertad, dignidad o seguridad de la persona que ostenta una situación subordinada... al entenderse tales situaciones como configuradoras del espíritu y razón legislativa de tal norma»*. Reflexiones semejantes contiene la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Y la de Zaragoza comenta que existe una disparidad de criterios y una interpretación vacilante del 153 y 617 del Código Penal, que deriva en resoluciones contradictorias para supuestos fácticos idénticos, con la inseguridad jurídica que ello conlleva.

Frente a este panorama, la Memoria de la Fiscalía Provincial de Huesca recuerda que, aunque la STS 654/2009, de 8 de junio de 2009 (FJ 2.º) podía dar pie a estas interpretaciones en el caso de agresiones recíprocas, durante 2010 la exigencia de este ánimo intencional ha decaído, como muestra la STS 807/2010, de 30 de septiembre (FJ 2.º), donde se afirma que es absolutamente indiferente la motivación del agresor, ya que lo determinante es el uso de la fuerza física para imponer una conducta contra la voluntad de la perjudicada.

Para concluir este apartado, hay que mencionar que la Memoria de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa refiere que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Instrucción de Gipuzkoa separan la causa en dos cuando el varón agrede a su esposa o compañera y cuando ésta agrede asimismo en unidad de acción a su esposo o compañero. Ello duplica las causas, duplica el trabajo, posibilita que se dicten resoluciones injustas y contrarias entre sí, e incluso sentencias contradictorias, e incluso impide apreciar circunstancias modificativas de la criminalidad. No obstante, el criterio ha sido confirmado por la Audiencia Provincial.

MALTRATO HABITUAL DE MENORES Y ABANDONO DE FAMILIA

Por su interés, reproducimos parte de la motivación de la SAP Ciudad Real (Sección 2.^a), de 7 de julio de 2010. Los hechos se refieren a continuos tratos vejatorios y degradantes de unos progenitores a sus hijos de 8, 6 y 3 años, a los que quemaban con cigarrillos cuando no obedecían sus mandatos, y sobre los que ejercían la más absoluta dejación en todo lo referente a alimentación, higiene y educación.

Maltrato habitual

(...) «Distinta suerte ha de correr la comisión y autoría de los delitos de maltrato habitual y abandono de menores. Respecto al primero de ellos, dicho maltrato viene referido a la existencia en los tres menores de quemaduras producidas por cigarrillos. En este caso se cuenta con la prueba directa consistente en las declaraciones de los padres, no solo en la fase de instrucción en la que en su declaración a presencia judicial Ana María P.S. (folios 295 a 297) ya reconoció haber quemado a su hija Pilar con un cigarro, sino porque en el acto del Juicio, ambos admitieron dicha posibilidad respecto a sus tres hijos menores, si bien afirmando que ello fue siempre de forma accidental. La prueba pericial del Médico-Forense que depuso en el plenario don José G.M. fue terminante y concluyente en afirmar que se descartaba todo mecanismo accidental, ya que las quemaduras eran de tercer grado, lo que requería un tiempo suficiente de contacto, buscado por ello intencionadamente. En este caso, los testigos de referencia que narran cómo los menores dijeron que dichas quemaduras les fueron ocasionadas por sus padres porque se portaban mal, tienen su apoyo en la prueba directa de las declaraciones de los dos acusados por dicho delito, acusados que solo han tratado de excusarse de estos hechos con un argumento defensivo, claramente desvirtuado por la pericial forense. Son hechos altamente reprobables que van en contra aún de los mínimos instintos que han de tener los padres para con sus hijos y que denotan sin duda no solo una ausencia de cariño, sino un desprecio hacia la integridad de sus hijos, conducta encuadrable en el artículo 173.2 del Código Penal.»

Abandono de familia

Por lo que respecta al delito de abandono, la prueba directa aparece totalmente concluyente. El testigo Alejandro G.H., trabajador del Hogar en el que fueron ingresados los menores, y José Z.M., Director del mismo, persona esta última que se encargó de recoger a los menores, narraron ante esta Sala cómo los mismos olían mal, iban sucios, con piojos, con el pelo «chamuscado» por la parte de atrás, llevando consigo un poco de ropa que se notaba comprada al efecto por no corresponderse con el tallaje de los menores. Dicho estado de suciedad y parásitos fue corroborado por el resto de los trabajadores del Hogar que depusieron en el acto del Juicio. Más, no solo la desatención que evidencian estos hechos quedaron patentes en la fecha de su ingreso en el Hogar el 15 de abril del año 2008, sino que ya en el año 2007, según consta a los folios 154 y siguientes de las actuaciones, la Policía Municipal de Malagón informa y acompaña fotografías del lamentable estado de la higiene que presenta el domicilio en el que viven los menores, ropa sucia, existencia de animales sin control alguno sanitario con los que convivían los menores y en el informe elaborado por Alejandro S.V., orientador del Centro de Protección «Cañada Real» (folios 63 y siguientes) igualmente sometido a contradicción en el Plenario, centro educativo al que acudían los menores, describe una falta de higiene que sobrepasa los límites de la tolerancia, desprendiendo las mochilas de dichos menores un fuerte olor a orina, fuerte olor que llegaba hasta el punto de tener que abrir las ventanas, problema de parasitismo «continuado», existiendo ya un informe datado en el año 2004 en este mismo sentido y referido al mayor de los hermanos. Se trata en definitiva de una situación, como se expone en dicho informe, que no solo incide en la salud de los menores, sino que conlleva en buena lógica una gran dificultad de socialización por el lógico rechazo que la falta de higiene en los parámetros indicados produce en el resto de los compañeros.

La prueba testifical de los Policías Locales de Malagón ha acreditado cómo los menores deambulaban solos por la calle, habiendo recibido quejas de que dichos menores se «tiraban» al paso de los vehículos.

El informe social elaborado por Encarna S. (folio 375), quien igualmente declaró en el Plenario, evidenció, tras el seguimiento de la familia, una situación de riesgo en los menores, debido a la falta de colaboración de los padres con los Servicios Sociales en orden a facilitar un entorno normalizado para sus hijos.

Y como corolario de todo ello, nos encontramos con una niña de tres años que presenta rotura del himen y fisuras anales, hecho que por sí mismo exime a esta Sala de efectuar cualquier comentario sobre la dejación de los deberes de la patria potestad.