

CLARA MARTÍNEZ GARCÍA
Coordinadora

Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia

RENÉ SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA
MIGUEL CILLERO BRUÑOL
M^a ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ
MYRIAM CABRERA MARTÍN
CLARA MARTÍNEZ GARCÍA
M.^a CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ
LUCÍA GARCÍA-MORALES OSORIO
SARA DÍEZ RIAZA
MARTA GISBERT POMATA
DOLORES CARRILLO MÁRQUEZ
FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
RAQUEL RAPOSO OJEDA

THOMSON REUTERS

ARANZADI



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Departamento Editorial.]
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9152-733-6
DL NA 2852-2017
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Índice General

Página

PROLOGO 23

CAPÍTULO 1

MARCO CONCEPTUAL Y DATOS SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA 29

RENÉ SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA

1. Introducción 29

2. Marco teórico-conceptual de referencia 31

2.1. *Evolución de los conceptos menor, infancia, niño/a y adolescencia* 31

2.2. *Sobre infancia y conflictividad* 34

2.3. *La infancia como grupo sensible a los procesos sociales; riesgo social infantil* 36

2.4. *Vulnerabilidad de la infancia* 38

2.5. *Transversalidad del riesgo y crisis de desprotección. El maltrato y la violencia contra menores de edad* 39

2.6. *El maltrato infantil; tipologías y bases conceptuales* 40

3. Datos sobre violencia contra la infancia 47

3.1. *Origen y algunos apuntes básicos sobre el Registro Unificado de casos de sospecha de Maltrato Infantil (RUMI)* 49

3.2. *Algunas consideraciones sobre los datos disponibles* 52

CAPÍTULO 2

DERECHO DEL NIÑO A LA PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA: ESTÁNDARES INTERNACIONALES 55

MIGUEL CILLERO BRUÑOL

1. Introducción 56

	<u>Página</u>
2. Marco jurídico de las Naciones Unidas y europeo: antecedentes y principios que rigen la protección	58
2.1. <i>Estándares generales de protección frente a la violencia: igualdad, prioridad, efectividad y adecuación</i>	60
2.1.1. El estándar medidas apropiadas (artículos 19 y 39 CDN)	67
2.1.2. El estándar procedimientos eficaces (artículo 19.2 CDN)	71
2.1.3. Garantías en los procesos judiciales y administrativos	74
2.2. <i>Estándares específicos de protección frente a la violencia contenidos en la CDN, sus protocolos facultativos y otros cuerpos jurídicos internacionales</i>	76
2.2.1. Análisis del artículo 19 CDN	76
a. Adopción de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas» (artículo 19.1 CDN)	76
b. «Adoptarán... procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales: prevención, notificación, remisión e investigación» (artículo 19.2 y 39 CDN)	77
c. Adoptarán... procedimientos eficaces para el tratamiento, recuperación, reintegración social y observación ulterior (artículos 19.2 y 39 CDN)	79
2.2.2. Discriminación y violencia	79
a. Violencia contra las niñas	82
2.2.3. La venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Estándares de la CDN y protocolo facultativo: la protección penal .	83
2.2.4. Castigos corporales, tortura y otras formas de castigo crueles o degradantes	84
3. Conclusión	86

CAPÍTULO 3

ASPECTOS NORMATIVOS Y COMPETENCIALES PARA LA REGULACIÓN LEGAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA

M^a ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

1. Introducción: la violencia contra la infancia en los documentos internacionales de protección de la infancia	89
1.1. <i>Naciones Unidas</i>	90
1.2. <i>Unión Europea</i>	95
1.3. <i>Consejo de Europa</i>	97
2. El marco legal estatal de protección a la infancia: la ley orgánica de medidas de protección integral y la necesidad de regulación de la violencia contra la infancia	97
3. El ámbito competencial	108
3.1. <i>El reparto competencial en materia de infancia en la Constitución española de 1978 y en los Estatutos de Autonomía</i>	108
3.2. <i>Referencias en las Leyes autonómicas a la violencia sobre la infancia</i>	115
4. Conclusiones: propuestas sobre la futura regulación de violencia contra la infancia	118

CAPÍTULO 4

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA. EL MARCO LEGISLATIVO NACIONAL

CLARA MARTÍNEZ GARCÍA

1. Introducción	122
2. El tratamiento legal de la violencia en el actual sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	123
2.1. <i>El concepto de violencia contra la infancia en la legislación vigente</i>	123
2.2. <i>El marco legal general del sistema de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia contra las personas menores de edad</i>	125

	<i>Página</i>
2.3. <i>Sensibilización y concienciación frente a la violencia contra la infancia</i>	126
2.4. <i>El deber de denuncia</i>	127
2.5. <i>La prevención</i>	128
2.5.1. <i>El carácter prioritario de la prevención</i>	128
2.5.2. <i>El papel de las entidades locales</i>	130
2.5.3. <i>Ámbitos de desarrollo de la prevención de la violencia</i>	133
a. <i>Ámbito familiar</i>	134
b. <i>Ámbito educativo</i>	136
c. <i>Ámbito sanitario</i>	137
d. <i>Ámbito comunitario, de ocio, esparcimiento y deportivo</i>	137
e. <i>Los medios de comunicación</i>	138
2.5.4. <i>Menores en situación de especial vulnerabilidad</i> ..	138
2.6. <i>La atención inmediata (art. 14 LOPJM)</i>	143
2.7. <i>La protección en sentido estricto. Situación de riesgo y situación de desamparo</i>	144
2.7.1. <i>La situación de riesgo</i>	145
a. <i>Supuestos</i>	145
b. <i>La Administración competente. Los servicios sociales</i>	147
c. <i>La actuación protectora en situaciones de riesgo debidas a situaciones de violencia contra las personas menores de edad. Medidas a adoptar</i>	147
d. <i>Procedimiento</i>	149
2.7.2. <i>La situación de desamparo</i>	152
a. <i>Supuestos de desamparo en situaciones de violencia contra los menores</i>	152
b. <i>Cuestiones relativas al procedimiento para la declaración de desamparo</i>	154
2.8. <i>La articulación de la actuación protectora de las personas menores de edad frente a la violencia. Los principios de coordinación</i>	

<i>y de continuidad como garantías de la protección integral de los menores frente a la violencia</i>	156
3. Recapitulación	161

CAPÍTULO 5

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DEL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA QUE LOS ADULTOS EJERCEN SOBRE LOS MENORES DE EDAD	163
--	-----

MYRIAM CABRERA MARTÍN

1. Introducción	163
2. Panorama general de los preceptos del Código Penal destinados a la protección de los menores de edad	164
3. Fundamentación de la especial protección que se dispensa a los menores de edad	169
4. Algunas cuestiones relativas a la parte general del derecho penal con propuestas de «lege ferenda»	172
4.1. <i>Pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesiones u oficios que impliquen trato con menores</i>	172
4.2. <i>Penas accesorias del artículo 57 del Código Penal</i>	174
4.3. <i>Extinción de la responsabilidad penal</i>	175
5. Algunas cuestiones relativas a la parte especial del derecho penal con propuestas de «lege ferenda»	177
5.1. <i>Tipos agravados por la menor edad del sujeto pasivo en los delitos contra la vida y de lesiones</i>	177
5.2. <i>Inducción y auxilio al suicidio</i>	179
5.3. <i>Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales</i>	182
6. Opinión personal	183

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 6	
TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA ENTRE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA ESCOLAR, EL ACOSO Y EL CIBERACOSO	187
CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ	
1. Introducción; la violencia entre menores, aspectos criminológicos y victimológicos	188
1.1. <i>La violencia juvenil, la violencia escolar, el acoso escolar (bullying) y el ciberacoso (ciberbullying)</i>	188
1.2. <i>Agresor y víctima; los espectadores y la ley del silencio</i>	193
1.3. <i>La violencia juvenil en cifras</i>	196
1.4. <i>La prevención como medida esencial frente a la violencia escolar</i>	206
2. Consecuencias penales de la violencia entre menores	208
2.1. <i>Trascendencia de la edad del agresor</i>	208
2.2. <i>Los tipos delictivos en los que podría encuadrarse la violencia entre menores; el acoso escolar</i>	209
2.2.1. <i>El acoso escolar</i>	209
a. <i>El atentado contra la integridad moral del art. 173.1 del CP</i>	211
b. <i>El nuevo delito de acoso permanente a otro sujeto del art. 172 ter CP</i>	213
c. <i>La captación y/o divulgación de imágenes o grabaciones (art. 197 del CP)</i>	217
2.2.2. <i>Los delitos en los que no cabe subsumir el acoso escolar</i>	218
2.3. <i>La reacción jurídico-penal: las medidas penales aplicables a los menores acosadores</i>	220
2.4. <i>¿Responsabilidad penal de los padres, del centro educativo y profesores, y del prestador de servicios en el ciberacoso?</i>	223
2.5. <i>La responsabilidad civil derivada de la violencia juvenil</i>	226

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 7	
MENORES DE CATORCE AÑOS QUE COMETEN INFRACCIONES PENALES: RÉGIMEN JURÍDICO Y TRATAMIENTO INSTITUCIONAL	229
LUCÍA GARCÍA-MORALES	
1. Inimputabilidad penal del menor de catorce años. Criterios para la fijación de este límite mínimo de edad	229
2. Régimen jurídico aplicable a los menores de catorce años que cometen infracciones penales	233
3. Medidas aplicables a los menores de catorce años que cometen una infracción penal	235
a. <i>Actuaciones de protección</i>	237
b. <i>Medidas de actuación inmediata</i>	237
c. <i>Medidas en situaciones de riesgo</i>	238
d. <i>Actuaciones en situación de desamparo</i>	238
e. <i>Guarda de menores</i>	238
f. <i>Acogimiento familiar o residencial</i>	239
g. <i>Acogimiento residencial en centros de protección de menores con problemas de conducta</i>	239
CAPÍTULO 8	
LA PROTECCIÓN JURÍDICO PROCESAL FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA	243
SARA DÍEZ RIAZA MARTA GISBERT POMATA	
1. Marco legal e institucional	244
1.1. <i>Marco Internacional</i>	245
1.2. <i>Marco comunitario y nacional</i>	249
2. Especialidades orgánicas: órgano judicial y ministerio fiscal	252
2.1. <i>Órganos judiciales competentes en asuntos de violencia infantil</i>	252
2.1.1. <i>Competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer</i>	254
a. <i>Competencias penales</i>	255

	<i>Página</i>
i. Criterio <i>ratione materiae</i>	255
ii. Criterio <i>ratione personae</i>	258
iii. Cuando se haya producido un acto de violencia de género	268
iv. Funciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dentro de las fases del proceso penal	271
b. Competencias civiles	277
2.1.2. Competencias de los Juzgados de Menores	279
2.1.3. Competencias de los Juzgados de Instrucción	280
2.1.4. Sobre la creación de unos juzgados especiales de violencia sobre la infancia	281
2.2. <i>El Ministerio Fiscal en los asuntos de violencia contra la infancia</i>	287
3. Especialidades procesales en las «causas con niño víctima de violencia»	292
3.1. <i>Introducción. La victimización secundaria</i>	292
3.2. <i>Legislación actual en esta materia</i>	295
3.3. <i>La denuncia y declaración del menor víctima en sede policial</i> ..	297
3.4. <i>Declaración del menor en sede judicial</i>	302
3.4.1. Declaración del menor en fase de instrucción. especial consideración de prueba preconstituida	302
a. El ofrecimiento de acciones y asistencia jurídica gratuita	303
b. Posible exención del deber de declarar	304
c. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección	308
i. Las características personales de la víctima y en particular:	308
ii. La naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. ...	309
iii. Las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos.	309

d. La presencia del Ministerio Fiscal en la declaración del menor y la intervención de expertos ..	310
e. Lugar de realización de la declaración y el entorno amigable	311
f. Configuración como prueba preconstituida, ¿generalización en la excepcionalidad? Equilibrio con el principio de contradicción	313
i. Razones para su práctica	316
ii. La forma de realizar la declaración del menor y la necesidad de contradicción	318
g. La declaración del menor como prueba de cargo y el dictamen pericial sobre la veracidad del testimonio	321
h. Las medidas cautelares de especial protección a las víctimas menores	325
3.4.2. Declaración del menor en la fase de juicio oral	327
3.4.3. Conclusiones	330

CAPÍTULO 9

MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	333
MYRIAM CABRERA MARTÍN	
1. Introducción	333
2. Concepto de violencia de género	334
3. Regulación de la violencia de género en el Código Penal	338
1. <i>Delitos específicamente relacionados con la violencia de género</i>	339
2. <i>Delitos relacionados con la violencia doméstica</i>	342
3. <i>Disposiciones generales en materia de violencia de género</i>	348
4. Tutela judicial y protección de las víctimas de violencia de género	351
5. Las adolescentes víctimas de la violencia de género en sus relaciones de pareja	355
1. <i>Datos acerca de la violencia de género entre adolescentes</i>	355
2. <i>La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores</i>	357

	<u>Página</u>
3. <i>Controversia acerca del alcance de la expresión «análoga relación de afectividad aun sin convivencia»</i>	360
6. La violencia ejercida sobre los hijos en el marco de la violencia de género	362
1. <i>Datos acerca de los menores que son víctimas de la violencia de género en el hogar</i>	362
2. <i>Respuesta desde la Ley Integral contra la violencia de género</i> ..	363
3. <i>Algunas cuestiones adicionales referentes a la respuesta desde el Derecho Penal</i>	366
7. Necesaria valoración del interés superior del menor	368
CAPÍTULO 10	
LA RESPUESTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA	
371	
<i>DOLORES CARRILLO MÁRQUEZ</i>	
1. Introducción	372
2. Las medidas de protección a los menores víctimas de violencia en la seguridad social. evolución normativa	374
2.1. <i>Primeras previsiones</i>	374
2.2. <i>La Ley Orgánica de Violencia de Género</i>	375
2.3. <i>Inclusión en la normativa de Seguridad Social</i>	376
2.4. <i>La Ley de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia</i>	377
2.4.1. <i>Previsiones para todos los regímenes del sistema de seguridad social: impedimento para ser beneficiario</i>	378
2.4.2. <i>Clases pasivas del Estado</i>	380
2.4.3. <i>Ley reguladora de la jurisdicción social</i>	381
2.5. <i>Proposiciones de ley para la mejora de estas prestaciones</i>	382
2.5.1. <i>Proposición de ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos víctimas de violencia de género</i>	382

	<u>Página</u>
2.5.2. <i>Proposición de ley 622/000006, de modificación del real decreto legislativo 8/2015 del texto refundido de la ley general de seguridad social</i>	383
3. Restricciones a los condenados en el acceso y disfrute de las prestaciones de la seguridad social. Régimen jurídico	384
3.1. <i>Regulación y contexto normativo: las prestaciones de muerte y supervivencia</i>	384
3.2. <i>Restricciones a los beneficiarios: régimen jurídico</i>	385
3.2.1. <i>Supuesto de hecho para la aplicación del impedimento</i>	386
3.2.2. <i>Procedimiento. La suspensión cautelar</i>	388
3.2.3. <i>Mantenimiento de la obligación de alimentos durante la suspensión cautelar</i>	391
4. Acceso de los menores a las prestaciones y mejora de la pensión de orfandad	391
5. La administración de las pensiones de orfandad	397
6. Recapitulación	399

CAPÍTULO 11

ASPECTOS JURÍDICOS DEL DIAGNÓSTICO CLÍNICO DEL MALTRATO INFANTIL: ERROR DE DIAGNÓSTICO Y MEDICINA DEFENSIVA	
401	
<i>FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN</i>	
1. Introducción: dificultades del diagnóstico del maltrato infantil	401
2. Un ejemplo paradigmático de las dificultades del diagnóstico del maltrato infantil: el síndrome del bebé zarandeado	407
3. El fenómeno de la responsabilidad sanitaria	410
4. Complejidad del ejercicio de la medicina e incidencia en el fenómeno de la responsabilidad; en especial, error de diagnóstico y protocolos	413
5. Protocolización de la intervención sanitaria frente al maltrato infantil	415
5.1. <i>El Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil</i>	415

	<i>Página</i>
5.2. <i>Protocolo común para la actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina</i>	419
6. ¿Cómo inciden las expectativas de los pacientes en la responsabilidad del profesional sanitario?	424
7. Riesgos del contexto actual: encarnizamiento médico y medicina defensiva	426
8. La «lex artis ad hoc» como elemento de enjuiciamiento del error de diagnóstico	436
9. Una obligación profesional de medios, no de resultado	442
10. El error de diagnóstico del maltrato infantil: análisis de casos 445	445
11. Conclusiones	446

CAPÍTULO 12

LA CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD A SER ESCUCHADO Y PROTEGIDO

RAQUEL RAPOSO	451
1. El derecho del niño a ser escuchado	451
2. Medidas de protección a los niños recogidas en el estatuto de la víctima del delito	452
3. La protección a la infancia y la adolescencia entendida como un continuo	454
4. Atención específica y especializada frente a la violencia sexual en la infancia y la adolescencia	455
5. La cadena de custodia de la prueba	457
5.1. <i>¿Qué se entiende por cadena de custodia de la prueba?</i>	457
5.2. <i>Proceso de garantía en la preservación de la prueba</i>	458
5.3. <i>Principales características del proceso de custodia de la prueba</i>	458
6. La cadena de custodia aplicada a la protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en el proceso penal y de sus testimonios	460
6.1. <i>Cadena de custodia en la protección a la infancia y la adolescencia</i>	460

	<i>Página</i>
6.2. <i>La obtención del testimonio en personas menores de edad víctimas de violencia sexual</i>	461
6.3. <i>Procedimiento de una cadena de custodia en la protección de las personas menores de edad y la prueba (testimonio)</i>	462
6.4. <i>La prueba preconstituida y el derecho a ser escuchado en personas menores de edad víctimas de violencia sexual</i>	463
6.5. <i>La garantía de derechos en la práctica de la prueba preconstituida</i>	464
6.6. <i>La prueba preconstituida a través de la intermediación de un experto (art. 433 LECrim)</i>	467