

LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO AGRAVANTE: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL*

Natalia Pérez Rivas
*Profesora Contratada Interina de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela*

TITLE: *CHILDREN'S EXPOSURE TO GENDER VIOLENCE AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE: ANALYSIS OF THE CASE-LAW.*

RESUMEN: Los estudios muestran como, en la mayoría de los casos, las mujeres víctimas de violencia de género son madres que conviven con sus hijos menores de edad en el momento en que se producen las agresiones, convirtiéndose éstos últimos, por tanto, en víctimas de este ambiente de violencia. Lo alarmante de esta realidad radica en la relevancia que, en la interiorización de determinados patrones de funcionamiento social, las investigaciones otorgan al hecho de haber estado expuesto durante la infancia y adolescencia a actos de violencia de género (“transmisión intergeneracional de la violencia”). En atención a ello, el legislador español ha agravado la pena prevista para los tipos básicos de violencia de género, en su mitad superior, cuando su comisión tenga lugar, entre otras circunstancias, en “presencia de menores”. El carácter indeterminado de esta cláusula exige la realización de un análisis jurisprudencial a efectos de clarificar cuáles son los criterios utilizados para su aplicación.

ABSTRACT: *The studies show that, in most cases, the victims of gender violence have offspring and they share the family home with children at the time of the aggression, consequently they are at least indirect victims of the violent environment. This one is a worrying reality in relation to the relevancy that, in the internalization of certain pattern of social behavior, the researches give to the fact of having been exposed to acts of gender violence during childhood and adolescence (“intergenerational transmission of violence”). In response to this, the Spanish legislator has aggravated the sanction of the basic gender violence crimes when their commission takes place, among other circumstances, in “presence of minors”. The indeterminate character of this clause demands an analysis of the case-law in order to clarify which are the criteria used for its application.*

PALABRAS CLAVE: violencia de género, contexto comisivo, menores, circunstancia agravante.

KEYWORDS: *gender violence, commissive context, minors, aggravating circumstance.*

SUMARIO: 1. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2. INCIDENCIA DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA. 3. EFECTOS DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 3.1. *Efectos negativos a corto plazo.* 3.2. *Efectos negativos a largo plazo: la transmisión intergeneracional de la violencia.* 3.3. *Factores de protección.* 4. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA RESPUESTA PENAL. 4.1. *Ámbito subjetivo.* 4.1.1. Concepto de menor. 4.1.2. Único menor o pluralidad de menores. 4.1.3. Integración o no en el núcleo familiar. 4.2. *Presupuesto objetivo.* 4.2.1. Presencia física o presencia sensorial. 4.2.2. Resultado o riesgo lesivo. 4.3. *Presupuesto subjetivo.* 4.4. *Concurrencia de varias agravantes específicas: principio non bis in idem.* 4.5. *Penalidad.* 4.6. *Aplicación de la agravante.* BIBLIOGRAFÍA

1. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Hasta épocas relativamente recientes, los menores expuestos a actos de violencia de género eran objeto de escasa atención por parte de las instituciones siendo conceptuadas como “víctimas invisibles” (Osofsky, 1999). A este hecho ha contribuido la inexistencia de un término unívoco y lo suficientemente onmicomprensivo de los perjuicios que para un menor conlleva el hecho de crecer en un entorno caracterizado por la violencia, el miedo, la humillación, etc. (Holt et al., 2008).

Inicialmente estos menores eran referenciados como “hijos e hijas de mujeres maltratadas”, es decir, como meros apéndices de la víctima directa de la violencia de género para los que, parecía, no se derivaba ningún tipo de consecuencia ante la situación vivida. Posteriormente fueron considerados “testigos de la violencia de género en pareja”, terminología con la que se asigna al menor un rol pasivo de menor observador de unos hechos de los que, al igual que en la primera nomenclatura, parecía no derivarse ningún tipo de consecuencia negativa para aquél¹. En la actualidad, los términos más utilizados es el de “menor expuesto a la violencia de género en pareja” (Holden, 2003)² o “menor víctima de la violencia de género en pareja” con los que se pretende reflejar, ya de forma plena, los efectos negativos que para el menor se derivan como consecuencia de presenciar física o sensorialmente o verse directamente involucrados en esos actos comisivos (Reyes Cano, 2015; Lizana Zamudio, 2014; Atenciano, 2009).

Esta exposición puede ser directa -los menores experimentan el mismo tipo a actos ejercidos por el hombre contra quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligado a aquél por una relación de similar efectividad, aun sin convivencia, lo que los convierte en víctimas de violencia doméstica- o indirecta. Ésta última, en la que centraremos nuestra atención, se produce tanto por el hecho de cometerse los actos de violencia de género en su presencia como por no poder aquéllos tomar distancia

* El presente trabajo se inscribe en el marco de los Proyectos de Investigación “La violencia de género: problemas de calificación jurídico-penal” (FEM 2010-22350-C02-02) -financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad- y “Optimización y coordinación de los recursos públicos en el ámbito de la violencia de género: criterios médico-legales y socio-jurídicos” (2012-PN244) –financiado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad- en los que he participado como investigadora.

¹ A este respecto afirmaba Atenciano (2015) afirma que “esta visión en parte pasiva, como meros espectadores, o accidentalmente agentes, implicaba que existía un espacio “no tóxico” en la unidad familiar, en el cual las y los menores de edad podían ser preservados de entrar en contacto con toda violencia ... pero la violencia no se limita a las agresiones, del tipo que sean. La violencia en el hogar no es un hecho puntual,... El maltrato es una forma de relación, es el aire que se respira en la casa, una atmósfera enrarecida, ajena a las necesidades de quienes integran la familia”.

² A tal efecto, Holden (2013) enumera diez tipos de exposición posibles, a saber: perinatal, intervención, victimización, participación, ser testigo presencial, escucha, observación de consecuencias inmediatas a la agresión, experimentar las secuela, escuchar sobre lo sucedido e ignorar los acontecimientos.

respecto de unos progenitores cuyas capacidades se hallan mediatizadas “por una dinámica relacional conflictiva y basada en la desigualdad” (Expósito & Ruiz, 2013).

En la actualidad, instrumentos tanto de ámbito internacional³ como nacional⁴ ya reconocen, de forma expresa, como una forma de violencia, aquella que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género, abogando por la implementación de medidas para su asistencia⁵. En este sentido, en el ordenamiento español, los menores expuestos a violencia de género pasan a conceptuarse como auténticas víctimas de la violencia quedando abarcados, en consecuencia, en el ámbito subjetivo de aplicación de la LO 1/2004⁶, debiendo pronunciarse el juez, de oficio, sobre las medidas civiles y penales que les afecten así como adecuar los servicios especializados a sus necesidades. A este respecto, la Ley 4/2015, de 27 de Abril, sobre el Estatuto de la víctima reconoce como uno de los titulares del derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo ofrecidos por las OAVD a los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de las víctimas de violencia doméstica (arts. 10 Ley 4/2015 y 13.4 RD 1109/2015).

2. INCIDENCIA DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

Las estadísticas e informes oficiales sobre la violencia de género no reflejan la prevalencia de menores expuestos a la violencia de género en el ámbito familiar. La dimensión cuantitativa de este tipo de victimización es únicamente detectable a través bien de las encuestas de victimización -que pese a adolecer igualmente del inconveniente de no detectar toda la criminalidad, son las que más nos aproximan a su realidad, convirtiéndose en uno de los indicadores de delincuencia más utilizados- bien a través de estudios empíricos realizados *ad hoc*, siendo la fuente de información, casi de forma exclusiva, la propia progenitora victimizada.

³ Resolución 1714 (2010) del Consejo de Europa sobre menores testigos de violencia doméstica.

⁴ Así, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 se reconoce que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia”. En esta línea, la Exposición de Motivos de la LO 8/2015 remarca el hecho de que “cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género [...]”.

⁵ El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011) establece, en su artículo 26, “la necesidad de proteger y apoyar a los niños testigos, al instar a que “las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en la oferta de servicios de protección y apoyo a las víctimas, se tengan en cuenta adecuadamente los derechos y necesidades de los niños testigos de todas las formas de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio”.

⁶ De conformidad con lo preceptuado en el art. 1.2 LO 1/2004, en la nueva redacción dada por la Disposición Final Tercera de la LO 8/2015, “por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

Así, en un estudio realizado, en 2001, con una muestra de 1.146 estudiantes de centros de enseñanza media de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, se constató que el 12% de ellos habían presenciado, al menos una vez, cómo sus padres agredían físicamente a sus madres (empujar o pegar), incrementándose estos porcentajes cuando de insultos (33.3%) o lanzamiento de objetos (23,2%) se trataba (González Méndez & Santana Hernández, 2001). Se trata de un porcentaje relevante, pero notablemente inferior, en todo caso, a los registrados en otros trabajos en los que su incidencia afectaba al 70-85% de los menores (Labrador et al., 2010; Corbalán & Patró, 2003). En un punto intermedio se sitúan los datos derivados de la Macroencuesta realizada, en 2015, por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, que ponen de relieve que, del total de mujeres encuestadas que tenían hijos/as menores cuando se produjeron los episodios de violencia (física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas), el 58,8% afirma que aquéllos presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. En términos absolutos, la cifra de menores expuestos anualmente en nuestro país se cuantificó en 188.000 (Unicef Bodyshop, 2006).

En cuanto a los casos de exposición indirecta a la violencia de género más graves, esto es, aquellos que tienen como resultado la muerte de la mujer, se concluye, como resultado del análisis de las sentencias judiciales dictadas, a este respecto, por los Tribunales del Jurado y/o por las Audiencias Provinciales, durante los años 2007 a 2015, que, en un 10,29% de los casos, los hijos e hijas menores de edad fueron testigos de esos hechos.

3. EFECTOS DE LA EXPOSICIÓN INDIRECTA DE LOS MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La exposición indirecta a la violencia de género constituye una forma de violencia psicológica contra el menor y, en consecuencia, una modalidad de maltrato infantil (Resolución 1714/2010, del Consejo de Europa). A este respecto, la Academia Americana de Pediatría reconoce que ser testigo de actos de violencia de género puede ser tan traumático para el menor como el hecho de ser víctima de abusos físicos o sexuales.

Las diversas investigaciones realizadas en cuanto a los efectos sobre los menores como consecuencia de la exposición indirecta a la violencia de género han puesto de relieve que éstos presentan problemas internalizantes (cognitivo y emocionales) y externalizantes (conductuales y sociales) con mayor frecuencia que el resto de la población infantil (Sternberg *et al.*, 2006). Ello pone de relieve la necesidad de diseñar programas de intervención específicos para tratar de paliar repercusiones que conlleva para los menores la exposición a este tipo de violencia (Patró Hernández & Limañana Gras, 2005).

A efectos sistemáticos consideramos adecuado distinguir, por un lado, entre los efectos negativos a corto y largo plazo.

3.1. Efectos negativos a corto plazo

Los estudios realizados en este ámbito han puesto de manifiesto que estos menores presentan alteraciones de diversa índole. Así, en el ámbito físico, suelen presentar retrasos en su crecimiento, alteraciones en el sueño y en la alimentación, trastornos somáticos (v. gr. dolor de cabeza, náuseas, presencia de asma, etc.) y conductas regresivas en cuanto a habilidades psicomotrices ya adquiridas (Seijo *et al.*, 2009; Aguilar, 2008; OMS, 2002). En el ámbito psicoemocional se observan, principalmente, síntomas relacionados con el trastorno de estrés postraumático (insomnio, pesadillas, fobias, ansiedad, trastornos disociativos, etc.), baja autoestima, disminución de la capacidad empática y dificultades en la creación de relaciones de apego (Ramos *et al.*, 2011; Seijo *et al.*, 2009; Fowler & Chanmugam, 2007; Asensi, 2007; Bogat *et al.*, 2006; Graham-Bermann *et al.*, 2006; Sepúlveda, 2006; Corbalán & Patró, 2003; OMS, 2002). Finalmente, en cuanto al impacto conductual de este tipo de exposición podemos distinguir sus efectos en los ámbitos personal (dificultad de expresión y manejo de las emociones, sentimientos de culpabilidad e intolerancia a la frustración, interiorización y aprendizaje de modelos violentos, internalización de roles de género erróneos, parentalización), social (abuso de sustancias tóxicas, baja puntuación en la escala de competencias sociales, normalización de la violencia como instrumento legítimo de resolución de conflictos y realización de conductas agresivas contra sus padres o, especialmente, contra su madre), escolar (inhibición o agresividad hacia sus iguales, absentismo escolar, bajo rendimiento académico, alteraciones en la capacidad de atención, memoria y concentración) y familiar (polivictimización, poca comunicación, baja supervisión familiar) (Ramos *et al.*, 2011; Olaya *et al.*, 2010; Finkelhor *et al.*, 2009; Almeida *et al.*, 2008; Patró & Limiñana, 2005; Baker & Cuningham, 2004; Cottrell & Monk, 2004; Corbalán & Patró, 2003; Kitzmann *et al.*, 2003; Rodríguez *et al.*, 2003; Bancroft & Silverman, 2002; OMS, 2002).

Asimismo, constituye un factor de riesgo de primer orden de poder ser víctima de maltrato infantil. Así, en el III Informe Internacional Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja en España se constató que el 29,27% de los menores habían sido víctima y observadores directos de la violencia de género (Sanmartín, 2010). Este porcentaje se sitúa en un término medio respecto de los resultados observados que, a este respecto, se derivan de los estudios de Labrador *et al.* (2010) y Corbalán & Patró (2003) que fijan su incidencia, respectivamente, en el 18,5% y el 66,6.

Desde el año 2013, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha procedido a incorporar a los datos estadísticos sobre violencia de género información sobre las

menores víctimas mortales de la violencia de género, habiéndose contabilizado, desde entonces, 14 menores asesinados.

3.2. *Efectos negativos a largo plazo: la transmisión intergeneracional de la violencia*

A largo plazo, las investigaciones han puesto de relieve que la exposición durante la infancia y adolescencia a actos de violencia de género conllevan la interiorización de determinados patrones de funcionamiento social. Así, tratándose de niños, ello constituye un poderoso predictor de manifestar una conducta violenta en la etapa adulta, mientras que, en el caso de las niñas, esa experiencia incidirá en una mayor predisposición a ser victimizadas por sus parejas (Palmetto *et al.*, 2013; Milletich *et al.*, 2010; Renner & Slack, 2006; National Center for Injury Prevention and Control, 2005; Herrenkohl *et al.*, 2004; Ehrensaft *et al.*, 2003; Patró *et al.*, 2003; Margolin *et al.*, 2003; Whitfield *et al.*, 2003; Lorente Acosta *et al.*, 2000; Stith *et al.*, 2000; Echeburúa *et al.*, 1997; Pelcovitz *et al.*, 1994). Este fenómeno ha sido denominado como “transmisión intergeneracional de la violencia de género”.

3.3. *Factores de protección*

El impacto que la exposición a actos de violencia de género tiene sobre los menores diferirá, no obstante, en atención a la concurrencia de ciertas variables que actuarán como factores de protección o de riesgo. A este respecto se ha constatado que, a menor edad, mayores son las consecuencias psicoemocionales. Asimismo, el pronóstico será más favorable respecto de aquellos menores que cuenten con una autoestima adecuada, tengan un buen rendimiento académico, ostenten habilidades sociales adecuadas o presenten una relación de apego seguro, factores que le permitirán desarrollar una imagen positiva de sí mismos. Igualmente presentan influencia a este respecto la tipología, la frecuencia, la severidad, el tiempo y los modos de exposición a los actos de violencia de género, así como la propia victimización del menor (Luzón *et al.*, 2011; Spilsbury *et al.*, 2008; Sani, 2007; Kitzmann *et al.*, 2003).

4. LA EXPOSICIÓN DE MENORES A ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA RESPUESTA PENAL

La reforma operada por la LO 1/2004 en el ámbito penal ha venido a agravar la pena prevista para los delitos de maltrato ocasional (art. 153.3 CP), amenazas (art. 171.5 CP), coacciones (art. 172.2 CP) y delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP) cuando en su comisión concorra, entre otras circunstancias⁷, la presencia de menores.

⁷ Otras circunstancias agravantes específicas de los delitos de violencia de género son: a) su perpetración en el domicilio familiar o en el de la víctima; b) la utilización de armas; c) el quebrantamiento de la pena de alejamiento del art. 48 CP –en cualquier de sus tres modalidades- o de la medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Esta agravación responde a la necesidad de proteger a los menores, conforme a lo preceptuado en el art. 39 CE, del impacto que en la formación de su personalidad puede derivarse, como hemos visto, dada su mayor vulnerabilidad (Subijana Zunzunegui, 2006), del hecho de hallarse expuesto a actos violentos perpetrados en el ámbito familiar (SAP de Asturias núm. 156/2005, de 12 de mayo).

El carácter indeterminado de esta agravante exige analizar, jurisprudencialmente, los requisitos que sirven para su aplicación.

4.1. Ámbito subjetivo

4.1.1. Concepto de menor

Los diversos preceptos en que se contiene la agravante objeto de estudio no especifican ninguna edad como sí se hace en otros artículos (v. gr. art. 148.3 CP, que establece una edad de menor de 12 años). Es por ello que entendemos que el término menor comprende a todas aquellas personas que tengan menos de 18 años (arts. 12 CE y 315 CC) (Cristóbal Luengo, 2014; Paíno Rodríguez, 2014; Gorjón Barranco, 2013; en contra, Orejón Sánchez de las Heras, 2007).

La apreciación de la agravante exigirá, en todo caso, pese a no estar ello regulado legalmente, que el menor tenga capacidad intelectual suficiente para apreciar la realidad del maltrato, pudiendo verse afectado, por ello, su estabilidad emocional (Paíno Rodríguez, 2014; Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Boldova Pasamar *et al.*, 2004; SSAP de Alicante núm. 403/2016, de 12 de julio; Tarragona núm. 444/2015, de 7 de diciembre; Vizcaya núm. 30/2005, de 14 de enero). A título ejemplificativo, la jurisprudencia ha considerado que un menor de 7 meses cuenta con dicha capacidad (SAP de La Rioja núm. 101/2013, de 14 de octubre).

4.1.2. Único menor o pluralidad de menores

La utilización del vocablo menores para la conceptualización de la agravante puede llevar a defender que la aplicación de la agravante tendrá lugar sólo cuando los actos comisivos se produzcan en presencia de dos o más menores. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en considerar que su apreciación cabrá, igualmente, cuando la agresión sea perpetrada en presencia de un único menor (Circular FGE 4/2003).

Por otro lado, la presencia de más de un menor no puede ser utilizada para agravar aún más la pena en función del mayor número de menores (STS núm. 737/2007, de 13 de septiembre), pero sí puede ser utilizada como un elemento más a considerar por el órgano judicial de cara a la individualización de la pena dentro del concreto marco penal (Paíno Rodríguez, 2014).

4.1.3. Integración o no en el núcleo familiar

De la redacción de la agravante no queda claro si, para su apreciación, se exige que el menor esté integrado dentro del núcleo familiar o círculo de personas contempladas en el art. 173.2 CP o si, por el contrario, es suficiente con que los hechos se perpetren ante cualquier menor.

Ciertamente, una interpretación literal permite, en principio, su aplicación con relación a cualquier acto de violencia de género que sea cometido en presencia de cualquier menor (SAP de A Coruña núm. 178/2011, de 20 de mayo; SAP Zaragoza 6/2005, de 18 de enero). La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria vienen exigiendo, no obstante, para su apreciación, que el menor ante quien se cometen esos actos se halle integrado, en todo caso, en el núcleo familiar bien de ambos, bien de alguno de los integrantes de la pareja penal (v. gr. SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 63/2011, de 21 de febrero).

No obstante, ello no solventa, en todo, la problemática en cuanto a la delimitación de su ámbito subjetivo al ser diversas las opiniones sobre cuándo debe entenderse que un menor se halla integrado en un núcleo familiar. Desde una postura de máximos se estima que ello no implica, necesariamente, la existencia de un vínculo familiar y, por tanto, deberá considerarse como integrado en el núcleo aquel menor que de forma temporal conviva con ésta (v. gr. alumno de intercambio, menor que pasa las vacaciones o incluso el fin de semana con la familia del amigo de la escuela), quedando en principio excluidos de su ámbito de aplicación aquellos hechos ocurren ante un menor cuya presencia es meramente accidental (v. gr. hechos que ocurren en la calle cuando transita un menor, o en la propia casa cuando un menor está de visita) (Paíno Rodríguez, 2014). La doctrina mayoritaria aboga, sin embargo, por una interpretación más restrictiva que circunscribe su ámbito subjetivo de aplicación a los menores que se hallen integrados en el círculo de sujetos referenciados en el art. 173.2 CP, por la afectación que la presencia de esos hechos pueda tener sobre su integridad moral (v. gr. hijos, nietos, etc.) (Cristóbal Luengo, 2014; Gorjón Barranco, 2010; Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Acale Sánchez, 2006; Aránguez Sánchez, 2005; Cruz Blanca, 2004; Asúa Batarrita 2004; Circular FGE 4/2003; SSAP de Pontevedra núm. 164/2016, de 4 de noviembre; Madrid núm. 586/2016, de 7 de octubre).

4.2. *Presupuesto objetivo*

4.2.1. Presencia física o presencial sensorial

El diccionario de la RAE define la acción de presenciar como la asistencia personal o el estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas. Ello lleva a parte de la doctrina y jurisprudencia a limitar su apreciación a aquellos casos en los que, en el momento de la agresión, el menor se halle presente físicamente teniendo, por tanto, conocimiento directo del acto lesivo mediante su visualización (Queralt Jiménez, 2015). Desde otras posiciones, más acertadas en nuestra opinión, se

aboga por una interpretación amplia del término que abarque también aquellos casos en los que la percepción del hecho comisivo tiene lugar, por ejemplo, de forma meramente auditiva (Cristóbal Luengo, 2014; Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Cruz Blanca, 2004; SSAP de Madrid núm. 774/2016, de 23 de noviembre; Sevilla núm. 466/2016, de 26 de septiembre; Las Palmas núm. 152/2015, de 9 de septiembre; Pontevedra núm. 114/2011, de 6 de julio; Alicante núm. 111/2006, de 21 de febrero). Es más, con relación a determinados tipos, tales como el delito de amenazas, sólo la escucha de las expresiones proferidas tiene sentido de cara a la aplicación de la circunstancia agravante, no siendo suficiente la mera visualización de la discusión (sin agresiones físicas) de los progenitores (SSAP de Valladolid núm. 364/2016, de 27 de diciembre; Murcia núm. 557/2013, de 26 de diciembre).

La presencia que se exige es la sensorial no circunscribiéndose, por tanto, a la estrictamente física.

4.2.2. Resultado o riesgo lesivo

La doctrina discute si para que concurra la agravación es necesario que se produzca el resultado lesivo sobre el menor o si, por el contrario, es suficiente con la existencia de un riesgo de que ese resultado lesivo se produzca.

La postura mayoritaria estima que la apreciación de la agravante tendrá lugar cuando la acción perpetrada en presencia del menor tenga entidad suficiente para poder alterar o perturbar el normal desarrollo intelectual y afectivo del menor sometiéndolo a una situación de estrés emocional que, de alguna manera, extiende los efectos de la victimización que sufren los sujetos pasivos directos del delito. No es necesario, en consecuencia, que, objetivamente, se produzca dicha afectación (SAP de Alicante núm. 403/2016, de 12 de julio). La corroboración de este riesgo que justifica el mayor desvalor del hecho cometido exige precisar dónde se hallaba el menor en el momento de la agresión así como cuál fue su reacción (SAP de Tarragona núm. 444/2015, de 7 de diciembre).

4.3. *Presupuesto subjetivo*

La apreciación de la agravante no requiere la concurrencia de ningún especial elemento subjetivo del injusto, conformándose con la conciencia del sujeto activo de la cercanía de un menor que pueda presenciar su acción agresiva y la voluntad de realizar ésta pese a ello (Orejón Sánchez de las Heras, 2007; Acale Sánchez, 2005; SSAP de Tarragona núm. 444/2016, de 7 de diciembre; Alicante núm. 403/2016, de 12 de julio; Sevilla núm. 540/2005, de 22 de diciembre).

4.4. Concurrencia de varias agravantes específicas: principio non bis in idem

La presencia de menores es, como hemos dejado sentado, una de las agravantes específicas de los delitos de violencia doméstica y de género, junto con su perpetración en el domicilio familiar o en el de la víctima, la utilización de armas y el quebrantamiento de la pena de alejamiento del art. 48 CP –en cualquier de sus tres modalidades- o de la medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Éstas se configuran en la forma denominada tipo mixto alternativo, es decir, basta con la concurrencia de una de ellas en la comisión del hecho delictivo para que tenga lugar la correspondiente agravación de la pena. En caso de concurrir varias, ello no dará lugar a sucesivas agravaciones de la pena, sin perjuicio de que este hecho sea tomado en consideración por el órgano judicial de cara a la individualización de la pena dentro del concreto marco penal (STS núm. 515/2003, de 9 de septiembre).

Tratándose de un delito de maltrato habitual, en caso de concurrir sólo una de estas agravantes específicas, aquélla únicamente podrá ser tenida en cuenta, en virtud del principio de especialidad y de alternatividad (art. 8.1ª y 4ª CP), para agravar, preferiblemente, el delito de maltrato habitual en vez del acto de violencia en concreto. En el caso de apreciarse varias de ellas, en uno o en varios de los actos violentos, una bastará para agravar el delito de maltrato habitual y el resto podrán aplicarse a cada una de las agresiones en que hayan concurrido (STS núm. 580/2006, de 23 de mayo; Circular FGE 4/2003). Finalmente, si pudieran constituir un delito independiente - allanamiento de morada, tenencia ilícita de armas o quebrantamiento de condena o medida cautelar- se aplicarán las normas del concurso medial previsto en el art. 77 CP (STS núm. 613/2009, de 2 de junio).

4.5. Penalidad

La pena que le corresponderá al autor, en caso de apreciarse esta agravante, es la establecida en el tipo básico en su mitad superior.

4.6. Aplicación de la agravante

El grado de aplicación de cada una de las agravantes específicas de los delitos de violencia doméstica y de género difiere considerablemente. A tal efecto consideramos de interés los datos derivados de un estudio realizado en el área de la Fiscalía de Santiago de Compostela -juzgados de Muros, Negreira, Noya, Padrón, Ribeira y Santiago de Compostela-.

El periodo examinado abarcó desde julio de 2005 hasta diciembre de 2012, ascendiendo el número total de expedientes manejados a 580. El 68,62% (n= 398) de estos expedientes finalizaron con una sentencia condenatoria por la comisión de un total de 740 delitos.

La mayoría de esos hechos se tipificaron como delito de maltrato ocasional (39,72%). A continuación se situaron los delitos de amenazas (20%), los delitos de maltrato habitual (13,78%), los delitos de quebrantamiento (5,54%), los delitos de coacciones (4,86%) y los delitos de lesiones (2,03%). Insignificante es, por el contrario, el número de condenas por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual (0,25%),

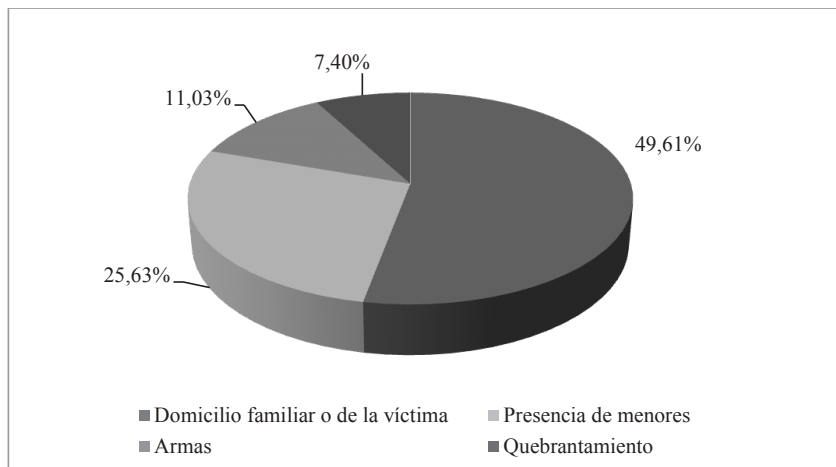
En cuanto a la prevalencia de la aplicación de las circunstancias agravantes específicas debemos resaltar los siguientes datos:

- a) La mayoría de las agresiones se cometieron, corroborando los datos de otros estudios (CGPJ, 2016), en la intimidad del hogar familiar (en un 49,61% de los casos). Ello hace de las víctimas testigos privilegiados respecto de los hechos denunciados⁸.
- b) Un porcentaje elevado de las víctimas eran madres que convivían con sus hijos menores cuando se produjo el abuso (62,50%, n= 140). Los menores se hallaban presentes en la comisión del 25,63% de los delitos analizados. Pero es más, esos menores fueron destinatarios directos de la violencia en un 32,35% de los casos.
- c) El uso de armas en la agresión fue infrecuente (11,03%). Las armas empleadas fueron, principalmente, armas blancas -cuchillos, navajas- (46,87%) y objetos contundentes -paraguas, palos, correa de perro- (43,75%). Otros instrumentos tuvieron una incidencia minoritaria (agentes químicos, 4,69%; armas de fuego, 1,56%). Eso sí, su utilización tuvo, en buena parte de los casos, una finalidad meramente intimidante.
- d) Por último, la comisión de nuevas agresiones contra la mujer con ocasión de un quebrantamiento sólo se observó en un 7,40% de los expedientes analizados. De

⁸ En este sentido, su declaración podrá erigirse en prueba de cargo, en ocasiones, la única existente (CGPJ 2016 y 2009), con valor suficiente para desvirtuar por sí misma la presunción de inocencia siempre que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS núm. 567/2015, de 6 de octubre; núm. 400/2015, de 25 de junio; núm. 794/2014, de 4 de diciembre), se aprecien los siguientes elementos: i) ausencia de incredulidad subjetiva que resulte de sus características –grado de desarrollo o madurez- y circunstancias personales -inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, enfrentamiento, interés o de cualquier índole- que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; ii) verosimilitud de su testimonio, basada en la lógica de su declaración y constatada por la concurrencia ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo (informes médicos, psicológicos, sociales, etc.); iii) persistencia, concreción y coherencia del testimonio incriminatorio.

éstos, el 51,22% lo fueron de la pena accesoria de alejamiento (art. 48 CP), en tanto que el 43,90% de la análoga medida cautelar (art. 544 bis LECrim)⁹.

Figura 1. Aplicación agravantes específicas delitos de violencia doméstica y de género



BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, pp. 11-54.

AGUILAR REDORTA, L., *Niños y niñas expuestos a violencia de género: una forma de maltrato infantil*. Disponible en: www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/VG_casomalttrato.pdf

ALMEIDA, T.C., ABRUNHOSA, R. & SANI, A. I (2008). La Agresividad en niños que testimonian la violencia de género. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2008, vol. 18, pp. 113-118.

⁹ Pese a su ineficacia para excluir la punibilidad del comportamiento (acuerdo de la Sala 2ª del TS, de 25 de noviembre de 2008) (PÉREZ RIVAS, 2016), creemos oportuno destacar que en ninguno de los supuestos de incumplimiento medió el consentimiento de la víctima. Ello pese a que la incidencia de los casos de quebrantamiento consentido en la Comunidad Autónoma de Galicia se cifró en el 53,40% (PÉREZ RIVAS, 2013).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ C., “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J.C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E., QUINTANAR DÍEZ, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 11-34.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Cuadernos Jurídicos José María Lidón*, 2004, Vol. 1, pp. 201-234.

ATENCIANO, B., “Menores Expuestos a Violencia contra la Pareja: Notas para una Práctica Clínica Basada en la Evidencia”, *Revista Clínica y Salud*, 2009, vol. 20, núm. 3, pp. 261-272.

BAKER, L. & CUNNINGHAM, A., *What about me! Seeking to understand a child's view of violence in the family*. London ON: Centre for children & Families in the justice system, 2004.

BANCROFT, L., & SILVERMAN, J.G., “Power parenting. The batterer’s style with children”, en BANCROFT, L., & SILVERMAN, J.G., *The batterer as parent. Addressing the impact of domestic violence on family dynamics*, Sage Publications, California, 2002, pp. 29-53.

BOGAT, G. A., DEJONGHE, E., LEVENDOSKY, A. A., DAVIDSON, W. S., & VON EYE, W., “Trauma symptoms among infants exposed to intimate partner violence”, *Children Abused and Neglect*, 20006, vol.30, pp. 109-125.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., & RUEDA MARTÍN M^a.A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2004, pp. 1574-1580.

CORBALÁN, J., & PATRÓ, R., “Consecuencias psicológicas de la violencia familiar: mujeres maltratadas e hijos de hogares violentos”. Conferencia invitada en las II Jornadas sobre Mujer y Salud: Interacción de los contextos familiar y laboral. Murcia, Mayo 2003.

COTTRELL, B., & MONK, P., “Adolescent-to-Parent abuse: A qualitative overview of common themes. *Journal of Family*, 2004, vol. 25, pp. 1072-1095.

CRISTÓBAL LUENGO, H. J., *Violencia doméstica: estudio crítico-empírico de su problemática sustantiva y del tratamiento aplicado en los centros penitenciarios españoles*. Tesis Doctoral. Universidad Camilo José Cela, 2014.

CRUZ BLANCA, M^a.J., “Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2004, núm. 82, pp. 131-162.

ECHEBURÚA, E., CORRAL, P., SARASUA, B. & ZUBIZARRETA, I., “Tratamiento cognitivo-conductual del trastorno de estrés postraumático crónico en víctimas de maltrato doméstico: un estudio piloto”. *Análisis y Modificación de Conducta*, 1997, vol. 22, pp. 627-654.

EHRENSAFT, M., COHEN, P., BROWN, J., SMAILES, E. & CHEN, H., “Intergenerational Transmission of Partner Violence: a 20-Year Prospective Study”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2003, vol. 71, núm. 4, pp. 741-753

FINKELHOR, D., TURNER, H., ORMROD, R., HAMBY, S. & KRACKE, K., *Children's Exposure to Violence: A Comprehensive National Survey*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice, Washington, 2009.

FOWLER, D.N. & CHANMUGAM, A., “A Critical Review of Quantitative Analyses of Children Exposed to Domestic Violence: Lessons for Practice and Research”, *Brief Treatment and Crisis Intervention*, 2007, vol. 7, núm. 4, pp. 322-344.

GONZÁLEZ MÉNDEZ, R. & SANTANA HERNÁNDEZ, J.D., “La violencia en parejas jóvenes”, *Psicothema*, 2001, vol. 13, nº 1, pp. 127-131

GRAHAM-BERMANN, S. A, GRUBER, G., HOWELL, K. H., & GIRZ, L., “Factors discriminating among profiles of resilience and psychopathology in children exposed to intimate partner violence”, *Children Abused and Neglect*, 2009, vol. 33, pp. 648-660.

GORJÓN BARRANCO, M^a.C., *La tipificación del género en el ámbito penal: una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013.

HERRENKOHL, T. L., SOUSA, C. & TAJIMA, E. A., “Intersection of child abuse and children's exposure to domestic violence”, *Trauma, violence, and abuse*, 2008, vol. 9, núm. 2, pp. 84-99.

HOLDEN, G.W., “Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy”, *Clinical Child and Family Psychology Review*, 2003, vol. 6, núm. 3, pp. 151-160.

HOLT, S., BUCKLEY, H. & WHELAN, S., “The Impact of Exposure to Domestic Violence on Children: A Review of the Literature”, *Child Abuse and Neglect*, 2008, vol. 32, pp. 797-810.

KITZMANN, K. M., GAYLORD, N. K., HOLT, A. R., & KENNY, E. D., “Child witness to Domestic Violence: A Meta-Analytic Review”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2003, vol. 71, núm. 2, pp. 339-352.

LABRADOR ENCINAS, F.J., FERNÁNDEZ VELASCO, M^a.R. & RINCÓN, P., “Características psicopatológicas de mujeres víctimas de violencia de pareja”. *Psicothema*, 2010, vol. 22, pp. 99-105.

LIZANA ZAMUDIO, R., *A mí también me duele: niños y niñas víctimas de la violencia de género en la pareja*, Gedisa, Barcelona, 2012.

LORENTE ACOSTA, M., LORENTE ACOSTA, J.A., LORENTE ACOSTA, J., MARTÍNEZ VILDA, M^a.E. & VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2000, pp. 1-9.

LUZÓN, J. M., RAMOS, E., SABOYA, P. R., & PEÑA, E. M., *Andalucía detecta: impacto de la exposición a violencia de género en menores*. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/iam/2011/143337359.pdf>

MARGOLIN, G., GORDIS, E.B., MEDINA, A.M. & OLIVER, P.H., “The Co-Occurrence of Husband-to-Wife Aggression, Family-of-Origin Aggression, and Child Abuse Potential in a Community Sample”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2003, vol. 18, núm. 3, pp. 413-440.

MILLETICH, R.J., KELLEY, M. L., DOANE, A.N. Y PEARSON, M. R., “Exposure to interparental violence and childhood physical and emotional abuse as related to physical aggression in undergraduate dating relationships”, *Journal of Family Violence*, 2010, vol. 25, núm. 7, pp. 627-637.

OLAYA, B., TARRAGONA, M.J., DE LA OSA, N. & EZPELETA, L., “Protocolo de evaluación de niños y adolescentes víctimas de la violencia doméstica”, *Papeles del Psicólogo*, 2008, vol. 29, núm. 1, pp. 123-135.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *Delitos de violencia en el ámbito familiar: las agravante específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

OSOFSKY, J.D., The Impact of Violence on Children, *The Future of Children: domestic Violence and Children*, 1999, vol. 9 (3), pp. 33-49.

PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: especial consideración a las dificultades aplicativas*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2014.

PALMETTO, N., DAVIDSON, L., BREITBART, V. Y RICKERT, V. I., “Predictors of physical intimate partner violence in the lives of young women: Victimization, perpetration, and bidirectional violence”, *Violence and Victims*, 2013, vol. 28, núm. 1, pp. 103-121.

PATRÓ HERNÁNDEZ, R., & LIMINANA GRAS, R. M., “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”, *Anales de Psicología*, 2005, vol. 21, núm. 1, pp. 11-17.

PELCOVITZ, D., KAPLAN, S., SAMIT, C., KRIEGER, R. Y CORNELIUS, P., “Adolescent abuse: Family structure and implications for treatment”, *Journal of Child Psychiatry*, 1994, vol. 23, pp. 85-90.

PÉREZ RIVAS N., “Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española”, *Política Criminal*, 2016, vol. 11, núm. 21, 2016, pp. 34-65.

PÉREZ RIVAS N., “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento: (especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia), en RODRÍGUEZ CALVO M^a.S., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS F. (dirs.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 261-310.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RENNER, L.M. & SLACK, K.S., “Intimate partner violence and child maltreatment: understanding intra and intergenerational connections”, *Child Abuse & Neglect*, 2006, vol. 30, núm. 6, pp. 599-617.

REYES CANO, P., “Menores y violencia de género: de invisibles a visible”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015, vol. 49, pp. 181-217.

RODRIGUEZ, I., GAXIOLA, J. & FRIAS, M., “Los efectos conductuales y sociales de la violencia familiar en niños mexicanos”, *Revista de Psicología*, 2003, vol. 21, núm.1, pp. 41-69.

SANI, A.I., “Las consecuencias de la violencia interparental en la infancia”, en ARCE, R., FARIÑA, F., ALFARO, E., CIVERA, C. & TORTOSA, F. (eds.), *Psicología Jurídica. Violencia y víctimas*, Diputación de Valencia, Valencia, 2007, pp. 13-21.

SANMARTÍN, J., IBORRA, I., GARCÍA, Y. & MARTÍNEZ, P., *III Informe internacional sobre violencia contra la mujer en las relaciones de pareja*, Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, Valencia, 2010.

SEIJO, D., FARIÑA, F. & ARCE, R., “La violencia doméstica. Repercusiones en los hijos”, en FARIÑA, F., ARCE, R. & BUELA-CASAL, G., *Violencia de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pp. 119-133.

SEPÚLVEDA, A., “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, *Cuadernos de Medicina Forense*, 2006, vol. 12, pp. 149-164.

SPILSBURY, J.C., KAHANA, S., DROTAR, D., CREEDEN, R., FLANNERY, D.J. & FRIEDMAN, S., “Profiles of Behavioral Problems in Children Who Witness Domestic Violence”, *Violence and Victims*, 2008, vol. 23, núm. 1, pp. 3-17.

STERNBERG, K.J., BARADARAN, L.P., ABBOT, C.B., LAMB, M.E. & GUTERMAN, E., “Type of violence, age, and gender differences in the effects of family violence on children’s behavior problems: A mega-analysis”, *Developmental Review*, 2006, vol. 26, pp. 89–112.

STITH, S.M., ROSEN, K.H., MIDDLETON, K.A., BUSCH, A.L., LUNDEBERG, K. & CARLTON, R.P., “The intergenerational transmission of spouse abuse: A meta-analysis”, *Journal of Marriage & the Family*, 2000, vol. 62, núm.3, pp. 640–654.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.

WHITFIELD, C., ANDA, R., DUBE, S. & FELITTI, V., “Violent childhood experiences and the risk of intimate partner violence in adults: assessment in a large health maintenance organization”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2003, vol. 18, núm. 2, pp. 166-185.