

El maltrato infantil y la función preventiva de la sanción penal

JENNIFER CASTILLO BOLAÑOS

Estudiante de octavo semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, miembro del Grupo de Investigación, Violencia, Criminalidad y Familia

Recibido: Noviembre 2006

Aceptado: Febrero 2007

RESUMEN

En el país se asiste a una situación un tanto preocupante relacionada con la situación de la niñez, pues las estadísticas muestran que la violencia o maltrato ejercido contra los niños y niñas en el hogar es un problema muy amplio, con serías consecuencias para ellos. Pese a los avances en materia de protección las cifras parecen indicar que no hay cambios sustantivos en este sentido, es decir que un gran número de niños y niñas siguen siendo víctimas de maltrato y la pregunta que surge es: ¿Qué hacer para que los niños no sean maltratados? ¿Cómo prevenir esta problemática? Con frecuencia cuando se habla de prevención de comportamientos atentatorios de derechos y entre ellos el maltrato infantil, se menciona la sanción penal como un medio para lograrlo, sin embargo se ha reconocido que el efecto disuasivo de ésta sobre el individuo, va a depender de la concurrencia de varios factores como son la certeza, la severidad y la celeridad. En este artículo se aborda precisamente el rol que juegan estos factores en la función preventiva de la pena y muy particularmente en la prevención del fenómeno del maltrato infantil.

Palabras clave: maltrato infantil, prevención, sanción penal, certeza, severidad celeridad.

ABSTRACT

In this country we are witnessing a rather worrying situation regarding the situation of children, because statistics show that violence or abuse against children at home is a widespread problem with serious consequences. Despite advances in protection, the figures seem to indicate that there have been no substantial changes regarding child abuse. This means that a large number of children are still victims of abuse and the following questions arise: What can be done to prevent children from being abused? How can this problem be prevented? Often when we talk about the prevention of behavior this is prejudicial to people's rights, including child abuse, criminal punishment is mentioned; however, it is recognized that the deterrent effect of this on the individual will depend on the concurrence of several factors, such as certainty, severity and speed. This article addresses the role played by these factors in the preventive function of punishment and particularly in preventing the phenomenon of child abuse.

Keywords: child abuse prevention, criminal sanction, certainty, severity, speed.

Introducción

Con relación a la niñez, asistimos hoy a una situación un tanto contradictoria; por un lado se tienen importantes normas expedi-

das por los organismos internacionales, así como por los estados nacionales tendientes a brindar una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes; pero por otro lado se tienen unas estadísticas que muestran que la violencia o maltrato ejercido contra los niños y niñas en el hogar continúa siendo un problema muy amplio, que tiene serias consecuencias para ellos. Después de 18 años de aprobada la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Los Niños las estadísticas parecen indicar

* Este artículo hace parte de la investigación titulada: "Actitud de la familia, las autoridades administrativas y judiciales de Barranquilla hacia la función preventiva de la sanción penal en el maltrato infantil, desarrollada por el Grupo de investigación Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana de la Universidad Simón Bolívar, grupo clasificado en categoría B en Colciencias

que no hay cambios sustantivos en este sentido, es decir que un gran número de niños y niñas siguen siendo víctima de maltrato. Sabemos que este tema no es fácil de abordar, requiere de un manejo cuidadoso, respetuoso, especialmente con los niñas, niños y adolescentes víctimas de esta conducta.

Definición de maltrato infantil

Ya en el pasado algunos autores como Kempe (1962) elaboraron definiciones del término, de éste autor se dice que fue quien originalmente definió el Maltrato Infantil como el uso de la fuerza física no accidental, dirigida a herir o lesionar a un niño, por parte de sus padres o parientes. Posteriormente se incluyen la negligencia y los aspectos psicológicos como partes del maltrato infantil. La Unicef ha definido como niño maltratado aquel que sufre ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en el entorno social. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o transgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo y parcial (Unicef, 1989)

En Colombia la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 18, define el maltrato infantil como "toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona"

Se ha considerado que el fenómeno debe ser enfocado en su connotación jurídica, dentro de un contexto más amplio como es la violencia intrafamiliar, considerada hoy como un delito, con el cual se pretende asegurar el derecho de protección familiar conforme a lo establecido en la Constitución Nacional o bien cómo un tipo autónomo que busca proteger específicamente al sujeto menor de 18 años.

La realidad del maltrato infantil

Desde hace un cierto tiempo el maltrato infantil empezó a aparecer como un grave problema de salud pública. Cada día son más las organizaciones internacionales que lo reconocen, como un fenómeno cada vez más alarmante, organizaciones mundiales como la Organización Mundial de la Salud y la Unicef se han pronunciado al respecto. Las estadísticas que se muestran en el ámbito mundial, son alarmantes y preocupantes. En un estudio realizado

en el año 2006 por la O M S, se pudo identificar que en el mundo, hay 73 millones de niños y 150 millones de niñas menores de 18 años que sufren violencia sexual en forma de tocamientos y relaciones sexuales forzadas.

Las consecuencias de esta violencia que pone en peligro la salud y desarrollo de los niños, pueden perdurar hasta la edad adulta con efectos negativos sobre sus vida y aumentando el riesgo de que sufran o cometan ellos mismos nuevos actos de violencia.

Hay que anotar que una de las mayores dificultades que presenta el tratamiento de la problemática es el desconocimiento de la verdadera proporción de ella. Efectivamente, se ha dicho que las cifras que se tienen sobre maltrato infantil no expresan la real dimensión del problema, pues son muchas las causas que determinan que una gran cantidad de casos no sean denunciados. Entre esas causas se han señalado el temor a la represalia por parte del maltratador, la vergüenza, la dependencia económica que se tiene del maltratador o incluso vínculos afectivos de quien debe ser garante de los derechos del niño con aquella persona que vulnera esos derechos; se ha señalado también la culpa, como causa o simplemente no se denuncia por desconocimiento del marco legal existente, todo esto sin duda hace más difícil la situación .

La situación en nuestro país es crítica; a diario se registran casos de niñas abusadas sexualmente incluso por sus familiares. En Colombia, según estimaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 30.000 niños y niñas pasan en la calle gran parte de su tiempo. La mayoría de ellos abandona la familia debido al maltrato infantil o la violencia en sus hogares, lo que los obliga a sobrevivir de la mendicidad, el robo, la explotación sexual y el trabajo informal. Viendo así vulnerados sus derechos y exponiéndose frecuentemente a la indiferencia social, al maltrato y a la violencia generalizada". (Foro de discusión. Unicef. Marzo de 2006). Según informe del Instituto Nacional de Medicina Legal en 1995 se conocieron 8089 casos de niños maltratados entre los 7 a 15 años en noviembre de 2005, el Instituto Nacional de Medicina Legal hizo un informe en donde se concluyó que durante ese año, 134 niños y niñas se habían suicidado; otros 646 habían sido víctimas de homicidio; más de 11 sufrieron maltrato infantil, y ocho mil más fueron abusados sexualmente. Lo preocupante del caso, es que ésta investigación fue hecha con una muestra menor al 5% de los casos que ocurren diariamente, pasando la mayoría de los casos a hacer parte de la cifra negra de la criminalidad es decir se quedan en la impunidad.

Los reportes entregados en abril del 2007 por la Secretaría del Interior y Participación ciudadana de la Alcaldía de Barranquilla muestran en el consolidado de enero a diciembre del 2006 de las comisarías de familias: 225 casos atendidos por maltrato infantil, 1710 casos por conflicto de parejas y 1469 casos por violencia intrafamiliar.

Se debe agregar, que el maltrato a los niños en Colombia, no es un problema nuevo, pero si es relativamente reciente el reconocimiento por parte del Estado, la Sociedad y la Familia, de su existencia, importancia, magnitud y gravedad. En Colombia se ha comenzado por reconocer en la nueva carta constitucional que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (artículo 44 de la Constitución Política) y que se encuentran enmarcados dentro del decálogo universal de derechos de la infancia

La violencia infantil: ¿un delito?

De acuerdo con el inciso 5º del artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o voluntad responsable de conformarla. "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley. Por lo tanto el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de esta institución y toda persona que en el contexto de una familia sea víctima de daños físicos y síquicos, amenazas o agravios, ofensa o cualquier forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato y agresión". Del artículo 42 de la Constitución, se infiere que "cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley

Cumpliendo con un mandato constitucional, el Congreso de la República sancionó la ley 294 de Julio 16 de 1996- modificada por la ley 575 de febrero 9 del 2000- mediante esa ley se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intra familiar.

El Código Penal o ley 599 de 2000 en su artículo 299 tipifica la violencia intrafamiliar como un delito cuya sanción se hace mayor cuando esa violencia se ejerce contra un menor de edad.

Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia. En su artículo 18 dispone : "Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a

ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario".

La Declaración de los Derechos del Niño, plantea en sus principios 9 y 10 el derecho a "ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación", además hace referencia a la educación comprensiva, tolerante y pacífica que debe recibir todo niño, niña y adolescente en función del desarrollo de sus aptitudes.

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla, además, en su artículo 19 la obligación de los estados de adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación". Además, de velar para que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" estipulado en el artículo 37.

Podemos entonces decir que lo que se conoce como maltrato infantil, es un comportamiento que sin lugar a dudas vulnera derechos protegidos por las distintas normas entre esas algunas de tipo penal.

A la pregunta: ¿Qué hacer para que los niños no sean maltratados? Probablemente las autoridades responderían: "hay que reprimir esas conductas, por medio de las sanciones que la ley penal ofrece". Dentro de esa perspectiva, el Derecho Penal sería un instrumento de "control social" de esa conducta que en si misma puede constituir un delito. De alguna manera se espera de la ley penal y de su aplicación un efecto disuasivo o intimidatorio.

Al respecto se puede anotar que pese a que las estadísticas mencionadas señalan cifras preocupantes de maltrato infantil, en la ciudad de Barranquilla son pocas las personas detenidas en los centros carcelarios y penitenciarios por este comportamiento.

La prevención como función de la sanción penal y su rol en el maltrato infantil

En todos los tiempos, los penalistas han reconocido varias funciones a la sanción penal, algunas de orden moral como es la función de retribución, otras son utilitaristas como la función de intimidación, la

de readaptación y la de defensa social. Bajo el concepto de prevención general, se han clasificado las funciones de orden utilitaristas, particularmente las funciones de ejemplaridad-influencia moral o socio pedagógico de la sanción, de intimidación o disuasión por medio de la amenaza de la sanción o de la sanción propiamente dicha.

El principio de la prevención general como función de la pena, según el cual el castigo a los delincuentes puede disuadir la conducta de otras personas o impedir que se infrinja la ley es un fundamento clásico de la teoría penal. Según numerosos penalistas la idea de prevenir el delito por medio de la sanción penal remonta a los filósofos griegos del siglo V antes de nuestra era y parece que fue Protágoras el primero en pronunciarse al respecto (Killias, Martín. 1991).

Desde el punto de vista conceptual y teórico el tema de la prevención general ha sido estudiado y desarrollado no solo desde la perspectiva del derecho penal, sino también bajo la perspectiva de la sociología del derecho y de la psicología del comportamiento.

La mayoría de los análisis tradicionales y modernos de la prevención general se ocupan de dos tipos de efectos diferentes: el efecto intimidatorio y el efecto educativo de la ley penal y la sanción.

Sin embargo se puede afirmar que resulta ilusorio hablar de efectos intimidatorios y educativos de éstas, sin el conocimiento de la ley y sobre todo el conocimiento de la aplicación de la sanción, por parte de la población a quien se dirige. Este conocimiento es la "clave" de la prevención general; si la sanción penal tiene un efecto disuasivo sobre el individuo, no es porque ella exista o porque ella haya sido aplicada, es porque éste sabe, conoce que ella existe y que ella en efecto ha sido aplicada, es decir, el sistema legal y sancionador ha enviado su "mensaje" a la población y ésta lo ha recibido. En consecuencia cuenta mucho la manera como ese mensaje ha sido percibido por parte de la población sobre la cual se suponen tiene un efecto intimidatorio. En este sentido resulta interesante la disposición del Artículo 48 de la Ley 1098 de 2006. código de Infancia y Adolescencia referente a los espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos. La norma dispone lo siguiente: "Los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos incluirán la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas y los adolescentes y a sus familias." En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentaran con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el título IV, "Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales", cuando la víctima haya sido un menor de edad.

En la literatura criminológica y del derecho penal, frecuentemente se mencionan ciertos factores considerados necesarios para que la sanción penal produzca un efecto disuasivo, ellos son la certeza, la severidad y la celeridad. En cuanto a la certeza (saber ciertamente que la sanción será aplicada), se puede afirmar que el efecto disuasivo de ésta depende de la severidad de la pena, pues nadie que este decidido a realizar el comportamiento punible, se dejaría persuadir de cometerlo aún cuando sepa que ciertamente va a ser sancionado, si sabe que se trata de una sanción banal como por ejemplo una multa irrisoria, e inversamente, el individuo no se dejaría impresionar por una pena severa, de la cual se sabe de antemano que ella no será aplicada. Por ejemplo una pena privativa de libertad susceptible de aplicársele mecanismos sustitutivos de ella, también aquí nos parece un avance muy saludable lo dispuesto por el artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia. Con relación a los beneficios y mecanismos sustitutivos dispone que cuando se trate de los delitos de: homicidio, lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas.

- Si hay medida de aseguramiento siempre será en establecimiento carcelario
- No beneficio de sustitución de detención preventiva por prisión domiciliaria
- No procede extinción de la acción penal por aplicación del principio de oportunidad
- No subrogado de suspensión condicional de la pena
- No procede libertad condicional
- No beneficio de sustitución de ejecución de la pena
- No rebajas de pena por preacuerdos o negociaciones con la Fiscalía
- No beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo beneficios por colaboración siempre que esta sea efectiva

De otro lado, algunos autores (Killias Martín. 1991) han expuesto la idea de que no son la certeza ni la severidad "objetivas" de las sanciones las que pueden

disuadir con más frecuencias al individuo sino más bien la percepción que éste tiene de ellas. Dentro de esta perspectiva se habla de "riesgo objetivo" como la probabilidad real, objetiva de ser aprehendido, mientras que el "riesgo subjetivo", es la probabilidad subjetiva de ser aprehendido, tal como ella es percibida por el potencial infractor, consiste en la estimación que hace cada individuo del riesgo objetivo y que va a determinar a realizar o no el comportamiento. Este riesgo subjetivo puede variar de un individuo al otro y según que se esté o no informado de las consecuencias del acto; los controles o vigilancias que se ejerzan del comportamiento de cada uno, la publicidad en relación al asunto de que se trate.

El segundo elemento que se ha tenido en cuenta en el estudio de los efectos intimidatorios de la ley y la sanción penal es la severidad; se parte de la hipótesis de que el comportamiento del potencial trasgresor puede ser influenciado manipulando la sanción. Se encuentra esta idea en Feuerbach, quien afirmaba: "para que haya intimidación, se debe hacer de tal manera que el riesgo de aprehensión sea grande para el trasgresor, la sanción tan severa, de tal forma que él sepa que tiene más que perder que ganar con su delito o infracción" (citado por Villettaz Patrice 1998).

La idea de que una pena severa puede ser un medio útil para modificar los comportamientos, en particular los comportamientos prohibidos es concebible, sin embargo para saber si la severidad de una sanción produce un efecto disuasivo, es necesario que el potencial delincuente conozca la severidad de la ley y de la sanción que le será infringida si el adopta el comportamiento prohibido.

Ahora bien, por "conocimiento de la severidad de la ley y de la sanción", se entiende no solamente el conocimiento de la severidad del tipo de pena en que se incurrirá y su duración- severidad objetiva de la ley (por ejemplo pena privativa de libertad) sino también y sobre todo el conocimiento de la severidad del tipo de sanción ordinariamente pronunciada y su duración- severidad objetiva de la pena pronunciada. (En este caso cuenta mucho la actitud de los jueces frente al hecho)

Esquemáticamente, se puede decir que la severidad objetiva de la ley y la sanción debe ser considerada desde el punto de vista de la sociedad- según la jerarquía de las infracciones y de las penas- mientras que la severidad subjetiva de la ley y la sanción, únicamente desde el punto de vista del individuo, pero en la práctica, el individuo a quien se dirige la ley estará más preocupado por la severidad de las pe-

nas ordinariamente pronunciadas que por la severidad de las sanciones en que pueda incurrir, es decir por el mensaje enviado por la autoridad encargada de aplicar la ley, que por el texto legal en si mismo considerado. (vuelve a ser importante aquí dar aplicación al artículo 48 de la ley de infancia que señala la necesidad de presentar con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el título IV, "Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales", cuando la víctima haya sido un menor de edad y la actitud de los jueces por supuesto)

El tercer elemento esencial para lograr el efecto de intimidación de la ley y la sanción penal, es la celeridad, es decir la rapidez con la cual el castigo sigue el comportamiento incriminado, pues no tiene el mismo efecto una sanción pronunciada al año siguiente de haber cometido la infracción, que una sanción pronunciada dentro de un plazo razonable. (saludamos en este sentido la implementación del nuevo sistema penal, que entre otras cosas ofrece la celeridad en los procesos)

Hay que anotar sin embargo que la celeridad de la sanción, juega un papel más importante en el plan de la prevención especial que en el de la prevención general.

En lo que se refiere al maltrato infantil, se puede afirmar a priori que se sabe que es una conducta socialmente reprochable, pero en cuanto a las sanciones impuestas por este comportamiento, no se conoce mucho, así pudiéramos formularnos la siguiente pregunta ¿Cómo en la medida de su conocimiento el maltratador puede refrenar su conducta, de acuerdo con la percepción que éste tiene de la severidad de las sanciones efectivamente impuestas por maltrato infantil?

Una indagación acerca de la percepción social de este comportamiento, lesivo de los derechos de la niñez, seguramente mostraría que la mayor parte de las personas no realizan que se trata de una conducta delictiva, sancionada por la ley penal con pena privativa de libertad, por lo tanto un esfuerzo se hace necesario hoy, para mejorar la información social sobre el tema, de tal manera que todos tanto los adultos como los menores conozcan con precisión las sanciones que le serán impuestas a los trasgresores, así como los derechos de las víctimas y las autoridades a las que pueden acudir en busca de protección y defensa de sus derechos.

La función de la sanción penal en el marco de la prevención no puede ser efectiva sin el conocimiento de la ley que la sustenta y la información de que la

ley de que se trate ha sido o es aplicada de forma cierta, severa y rápida.

Hoy, muchos niños son sometidos a los llamados "correazos", "zapatazos", "cachetadas" o "chancletazos" como acciones "correctivas" tomadas por padres y madres al momento de aplicar una presumible corrección a niños, niñas y adolescentes, impuesta como consecuencia de las "malas obras" cometidas por éstos. Es preocupante que este tipo de castigo corporal aún sea aplicado y peor aún, aceptado por

la mayoría de las personas como una forma de educación y crianza tradicional; por ello el asunto que nos preocupa es conocer la actitud que tiene la familia y las autoridades administrativas y judiciales frente al maltrato infantil y frente a la función preventiva de la sanción penal respecto a este comportamiento, pues estos sectores de la población son fundamentales en el fomento de una cultura buen trato como una estrategia para lograr la prohibición expresa del castigo físico y/o humillante contra niños, niñas y adolescentes



BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Título II De los Derechos, Las Garantías y los Deberes, Cap. II Derechos Sociales, Económicos y Culturales, artículo 44.

KEMPE, Henry citado por Krugman, Richard. Niños maltratados y abandonados. En: Revista Salud Mundial, OMS. Año 46, No. 1 (enero-febrero, 1993); p. 22-23.

KILLIAS, Martin. Précis de Criminologie. Ediciones Staempli, Berne 2000

LEY 294 de 1996

LEY 575 de 2000

LEY 599 de 2000

LEY 12 de 1991

LEY 1098 de 2006

ONU. Derechos Universales del Niño, artículo 9.

MORALES, Helena. Prevenir la criminalidad: La certeza, la severidad y la celeridad. Elementos de la función preventiva de la pena. En Revista Electrónica de educación, formación y pedagogía de la Universidad Simón Bolívar. 20-07-2005

VILLETAZ Patrice, la prévention général de la peine. Editions á la carte. Sierre, Suiza. 1998..

<http://www.elregionaldelzulia.com/costatexto.asp?ID=17853>