

TALLER 8

LA LEGISLACION ESPAÑOLA ACTUAL FRENTE AL FENOMENO DE LOS MALOS TRATOS

OLAYO E. GONZALEZ SOLER**, M. SANCHEZ SALAS*
*Ciudad Real ** Sevilla.**

INTRODUCCION

El ordenamiento jurídico, en su conjunto, regula las distintas manifestaciones de la conducta de las personas (de cualquier clase: físicas o jurídicas; públicas o privadas) con el propósito de conseguir una armónica convivencia social garantizando el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

Según la naturaleza de las relaciones sociales que en cada caso constituyan el objeto de regulación, es susceptible distinguir diferentes ramas dentro del todo unitario que constituye el ordenamiento jurídico de cualquier estado.

De esta forma se puede hablar de derecho civil, mercantil, penal, administrativo, etc., según que la relación social que constituya el objeto de la norma sea establecida entre dos ciudadanos y afecte a la esfera de su vida privada (civil), o que uno de ellos sea comerciante (mercantil), o que uno de los titulares de la relación sea la Administración y actúe en tal condición (administrativo).

Desde esta perspectiva cabe preguntarse cuál es la función que corresponde al derecho penal. Esta rama del derecho, como

todo él en su conjunto, es un instrumento de control social que se caracteriza por utilizar, para lograr su finalidad, un poderoso medio: la pena.

En este sentido se puede afirmar que las normas penales son mandatos dirigidos, además de al Estado, a los ciudadanos para que éstos adecúen su comportamiento al contenido de las normas, de tal manera que en otro caso corren el riesgo de sufrir el mal con el que la norma amenaza: la pena.

Fácilmente puede deducirse de lo hasta ahora expuesto que las normas jurídicas tratan de proteger determinados bienes, aquellos que se consideran indispensables para que la convivencia social de un grupo determinado pueda desarrollarse con armonía.

Igualmente puede deducirse que la protección de los distintos medios tiene que ser necesariamente no uniforme: según la importancia del bien lesionado o puesto en peligro y según la gravedad del ataque, debe de ser la respuesta que ofrezca el derecho (carácter fragmentario y principio de intervención mínima).

Llegados a este punto hay que preguntarse ya por la respuesta que nuestro ordena-

miento ofrece al fenómeno del maltrato o de los malos tratos. Antes de hacer su exposición conviene, sin embargo, recordar que el tema del Congreso es el maltrato infantil, con lo que quedan fuera de nuestro análisis otras manifestaciones del mismo fenómeno. Por otra parte, es necesario insistir en que el tema de la ponencia no es la delimitación del fenómeno de los malos tratos ni cuál debe ser la respuesta de un ordenamiento jurídico propio de un estado que se declara social y de derecho ante dicho fenómeno. Este último plano, que los cultivadores del derecho denominan usualmente "de lege ferenda", lo podrían constituir algunas de las conclusiones del Congreso. Nosotros queremos abordar un plano más modesto: la exposición de la legalidad vigente o, como dicen los juristas, el examen de la cuestión desde el plano "de lege data".

EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL Y LOS MALOS TRATOS.

La naturaleza de esta intervención exige que la exposición de la respuesta del ordenamiento jurídico español al fenómeno de los malos tratos; se circunscriba al examen de las consecuencias sancionatorias, aunque algunas de ellas puedan tener naturaleza preventiva, singularmente en el orden civil.

A.- Consecuencias civiles:

1.- Patria potestad

a) Los malos tratos inferidos por los progenitores a sus hijos pueden ser causa de privación, total o parcial, de la patria potestad. El art. 170 del Código Civil dispone que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la mis-

ma...". Entre tales deberes el art. 154 del mismo Código enumera los de "velar por ellos (por los hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".

Si, además, se tiene en cuenta que el precepto citado configura la patria potestad como una función, que no un derecho, a cargo de los padres, que "se ejercerá siempre en beneficio de los hijos ...", no es difícil afirmar que, probada la existencia de los malos tratos, los padres pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad.

b) Como la tramitación del proceso para la privación de la patria potestad tendrá siempre una duración superior, no ya a la que comúnmente pueda considerarse razonable, sino a la que el menor maltratado pueda tolerar, el legislador prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la sustanciación del proceso.

El art. 158 del Código Civil dispone que el Juez dictará "2.º Las disposiciones adecuadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambios del titular de la potestad de guarda.

3º. En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios".

c) La legitimación para instar los procesos de privación de la patria potestad y la adopción de medidas cautelares durante su tramitación corresponde:

- A cualquiera de los padres que ejerza la patria potestad (Art. 154 del Código Civil).
- A la persona o entidad que ejerza la tutela sobre el menor (arts. 158, 172, 222, 267 y 269 del Código Civil) o al Minis-

terio Fiscal hasta que sea nombrado el tutor /art. 3.º, 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre), en el caso de que la demanda tenga que ser presentada contra ambos padres.

2 - Adopción, tutela o guarda de hecho.

Si el adoptante, tutor o guardador de hecho incurre en causa de privación de la patria potestad (y ya hemos visto que los malos tratos son causa de privación de patria potestad), automáticamente deben ser excluidos del ejercicio de las funciones tuitivas que tienen sobre el menor (arts. 179, 243 y 158 del Código Civil).

A igual conclusión hay que llegar cuando el menor se encuentre acogido por quien o quienes lo maltratan. Aunque el Código Civil no contenga previsión expresa al respecto, el art. 173 del mencionado Código, interpretado "a sensu contrario", impone dicha solución, que, por lo demás, viene exigida sistemáticamente por las consecuencias dichas que los malos tratos producen respecto de otras instituciones similares ya examinadas, como la patria potestad, la adopción o la tutela.

3 - Tutela automática.

Introducida esta institución en nuestro derecho por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (usualmente conocida como Ley de Adopción), la misma se revela como un precioso y preciso instrumento para prevenir los malos tratos.

En efecto, si, por disposición de la ley, el menor que se encuentra en situación de desamparo, se encuentra automáticamente bajo la tutela de la Entidad pública competente, quiérese decir que se debe poner en marcha este mecanismo nada más tener noticia de una si-

tuación de maltrato, ya que la misma implica que el menor que la sufre carece de la asistencia material o moral necesaria a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

B.- Consecuencias penales:

Las consecuencias penales que los malos tratos pueden producir son, al fin de cuentas, la necesidad de cumplir una pena (privativa de libertad o pecuniaria), aunque a veces también se contempla la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad.

Para que ello sea posible, es necesario que los malos tratos sean subsumibles en alguno de los tipos delictivos previstos en el Código Penal, de cuyo examen nos vamos a ocupar a continuación:

1.- Delitos contra la vida e integridad corporal.

Los más significativos son el parricidio, asesinato, homicidio, castración, esterilización, mutilación y lesiones.

La expresividad de las denominaciones ahorra cualquier aclaración. No obstante, sí pienso que es conveniente poner de manifiesto que:

- Todas las infracciones enumeradas, excepto las lesiones, son graves, es decir, constitutivas de delito.
- La diferencia entre el delito y la falta de lesiones radica en la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico o de más de una asistencia facultativa para la curación. Si ello no es preciso, la infracción será constitutiva de falta.

2 - Malos tratos.

Tradicionalmente ha sido una infracción considerada siempre como leve, es decir,

constitutiva de falta. En la actualidad está recogida en el art. 582 del Código Penal, que castiga al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión. La expresión "lesión" tiene que ser entendida en su sentido técnico, es decir, herida que precise para su curación asistencia facultativa o tratamiento médico o quirúrgico.

Sin embargo, a partir de la última reforma del Código Penal, ya vigente, existe en nuestro derecho penal un delito de malos tratos. Está tipificado en el art. 425 del Código Penal, que castiga a quien "habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho". La pena prevista es la de arresto mayor, de 1 mes y 1 día a 6 meses. Si como consecuencia de la violencia ejercida, se hubiese producido lesión, se apreciará solamente la infracción más gravemente penada.

3 - Abandono de familia (art. 487 del Código Penal).

Consiste en el incumplimiento de los deberes legales de asistencia que corresponden a los padres, siempre que tal incumplimiento fuese resultado de abandonar subrepticamente el domicilio familiar o consecuencia de la conducta desordenada de aquéllos.

Está sancionado con penas de privación de libertad de hasta 6 meses de duración y multa de 30.000 a 300.000 pesetas, pudiendo, además, imponerse también como sanción la pérdida de la patria potestad.

El delito sólo puede ser cometido por los padres o tutores y para su persecución es necesario que se formule denuncia por la

persona agraviada o, si la misma no puede hacerlo, por el Ministerio Fiscal.

A partir de la última reforma citada del Código Penal, se crea una nueva figura de abandono de familia (art. 487 bis del Código Penal) consistente en el impago durante tres meses consecutivos, o seis no consecutivos, de cualquier tipo de prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o nulidad matrimonial.

La pena es la misma antes señalada, aunque no hay posibilidad de imponer privación de la patria potestad.

4 - Abandono de menores (art. 488 del Código Penal).

Consiste este delito en abandonar a un menor de hasta 7 años de edad, siempre que a consecuencia de tal abandono se ponga en peligro su integridad corporal.

El delito puede ser cometido por cualquier persona que esté a cargo del menor, pero si el que lo abandona es padre, tutor o guardador de hecho, la pena se agrava.

Una forma de abandono es la entrega del menor a un establecimiento público, o a otra persona, por parte de quien esté al cargo de su crianza o educación siempre que lo haga sin consentimiento de la persona que se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto (art. 489 del Código Penal).

5 - Exposición de menores (art. 468 del Código Penal).

Consiste en exponer u ocultar a un hijo con ánimo de hacerle perder su estado

civil, es decir, su filiación. Está sancionado con penas de privación de libertad y pecuniaria

6 - Mendicidad (art. 489 bis del Código Penal)

Este delito, también introducido en la última reforma del Código Penal, lo comete quien utiliza o presta a menores de 16 años para practicar la mendicidad, agravándose las penas cuando se trafica con los menores, cuando se emplea con ellos violencia o intimidación o cuando se les administra sustancias perjudiciales para su salud para conseguir la finalidad expresada.

Además de la pena privativa de libertad prevista, se puede imponer la privación de la patria potestad o de los derechos de guarda o tutela

7 - Faltas en materia de protección de menores (art. 584 del Código Penal)

El Código castiga en este precepto las siguientes conductas:

- El incumplimiento de los deberes legales de asistencia por parte de padres, guardadores o tutores por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada, puesto que tal conducta integra el delito de abandono de familia.
- La no presentación a la autoridad o a su familia del menor de 7 años que alguien se encuentre abandonado o la falta de prestación del auxilio que las circunstancias requieran.
- El incumplimiento de las resoluciones dictadas por la autoridad judicial en materia de protección de menores, tanto por parte de los padres, tutores o guardadores como por terceras personas, entre las que se incluyen los representantes de asociaciones o instituciones tutelares o directores de establecimientos.

