

2014

El maltrato infantil en el ámbito familiar y su repercusión legal

(la protección del menor por la ley)

En el presente documento se analizará la problemática del maltrato infantil en el ámbito familiar. También, se verá que tanto la normativa nacional como la internacional protegen al menor ante los maltratos que pueda padecer de parte de sus familiares.

A veces el maltrato infantil solo es visible para el niño que lo sufre.



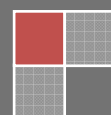
A veces el maltrato infantil solo es visible para el niño que lo sufre.



Si alguien te hace daño llámame y te ayudaremos

116 111

Silvia Merino Carpio
18/12/2014





ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	4
2.1. Contenido del artículo 39 de la Constitución.	
2.2. Aplicabilidad del artículo 39 de la Constitución.	
3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL CÓDIGO CIVIL.....	6
3.1. Aplicabilidad de la normativa del Código Civil referente a la protección del menor.	
4. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL CÓDIGO PENAL.....	11
4.2. Aplicabilidad de la normativa del Código Penal referente a la protección del menor.	
5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.....	15
5.1. Aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.	
6. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN BALEARES.....	17
6.1. La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.	
6.2. Aplicabilidad de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.	
7. PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.....	19
7.1. El Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.	
7.1.1. CASOS DE VULNERACIÓN DEL CONVENIO DE DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.	
8. BIBLIOGRAFÍA.....	22

1. INTRODUCCIÓN.

En este apartado, haré una aproximación a la definición de “maltrato infantil” y al alcance que este problema tiene a nivel nacional, no sin antes hacer una breve alusión a noticias actuales referentes a este tema que llegan continuamente a nosotros a través de los medios de comunicación.

El 8 de octubre del 2011, desaparecen José y Ruth Bretón de 2 y 6 años respectivamente. El 27 de agosto de 2012 encuentran los restos óseos de ambos, que fueron quemados por su propio padre como venganza a su mujer por su separación.

En abril del 2012 una pareja es condenada a 30 años de cárcel en Palma de Mallorca por maltratar y abusar de sus hijos de 8 y 10 años, los cuales se encontraban desnutridos y presentaban pruebas claras de los malos tratos que habían recibido por parte de sus progenitores.

Más reciente es la noticia del 11 de noviembre del 2014, día en que la Policía Nacional detiene en León a la madre de un menor de 2 años cuyo cadáver fue encontrado en una maleta. La causa de su muerte fueron las múltiples lesiones que presentaba por todo el cuerpo provocadas por fuertes golpes. La Juez que instruye el caso atribuye tanto a la madre del menor fallecido como a la pareja de ésta, delito de lesiones, maltrato habitual y asesinato con alevosía y ensañamiento.

Por último, el 24 de noviembre del 2014, nos llega desde Australia la noticia de un bebé recién nacido que había sobrevivido durante 5 días en el interior de una alcantarilla. El mismo, que aún se encontraba envuelto en las sábanas del hospital, fue abandonado por su propia madre a quien se le ha acusado de intento de asesinato.

Noticias tan duras y difíciles de entender como estas nos llegan casi diariamente.

Cabe decir que, hasta finales de S.XX no se tomó conciencia de que la violencia en la familia era un fenómeno intolerable y de que no podía ser concebida como una manera de educar a los menores. Hasta los años 60 este tipo de prácticas educativas no se consideraron como atentados contra los derechos del niño. Por ello, las investigaciones sobre maltrato infantil son relativamente frecuentes y bastante escasas.

Llegados a este punto cabe preguntarse **¿Qué es el maltrato infantil?**

La Organización Mundial de la Salud define el maltrato infantil como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación

de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.

Hay varias características de los padres o cuidadores que pueden incrementar el riesgo de maltrato infantil, entre ellas:

- las dificultades para establecer vínculos afectivos con el recién nacido;
- el hecho de no cuidar al niño;
- los antecedentes personales de maltrato infantil;
- la falta de conocimientos o las expectativas no realistas sobre el desarrollo infantil;
- el consumo indebido de alcohol o drogas, en especial durante la gestación;
- la participación en actividades delictivas;
- las dificultades económicas.

El problema del maltrato infantil tiene alcance mundial y las consecuencias que puede producir sobre sus víctimas pueden durar toda la vida.

Sabido esto, pasaré a continuación a analizar muy brevemente la repercusión de este problema a nivel nacional.

El día 27 de mayo del 2014 “EL PERIÓDICO” publicó una noticia titulada “Alerta por un incremento preocupante del maltrato infantil en España”, en la misma, la fundación ANAR (Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo) alertaba sobre un incremento preocupante del maltrato infantil en España, principalmente en el ámbito parental.

El 58% de las llamadas que recibió ANAR en el año 2012 procedían de menores que solicitaban ayuda por estar siendo o haber sido víctimas de malos tratos dentro de su propia familia.

La fundación ha detectado que el 15,3% de los niños y adolescentes que llaman tienen en casa una situación de violencia y el 21,1%, dificultades relevantes en las relaciones entre los miembros de la familia. En el 37,1% de los casos hay algún miembro de la unidad familiar que padece problemas psicológicos, en el 8,6% hay un proceso de separación o divorcio en marcha y en el 6,5%, problemas de adicción, generalmente en los padres.

La pregunta que surge es: ¿Cómo protege la Ley española al menor frente a este tipo de atrocidades?

A continuación, veremos los distintos ámbitos en los que el legislador ha establecido normas específicas que posibilitan la protección del menor frente a los hipotéticos maltratos que pueda llegar a recibir de parte de su propia familia.

2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

2.1. Contenido del artículo 39 de la Constitución.

La Constitución de 1978 al enumerar los principios rectores de la política social y económica, hace referencia en su artículo 39 a la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. Asimismo, el párrafo segundo de dicho artículo, añade la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos. El párrafo tercero, dispone que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Por último, el párrafo cuarto señala que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Gracias a este artículo se observa como el legislador ha considerado oportuno que tanto los padres como los poderes públicos protejan conjuntamente tanto a los menores como a la familia.

2.2. Aplicabilidad del artículo 39 de la Constitución

El 17 de abril del 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta la sentencia número 297/2014, en la que se resuelve el caso de un menor de 9 meses al que sus propios progenitores llevan al hospital con múltiples golpes e incluso con una fractura en la tibia. El equipo médico del hospital, tras realizarle diversas pruebas concluye la posibilidad de que el menor haya sido maltratado, por lo cual, remite un fax urgente al Instituto del Menor y de la Familia, para la tramitación urgente de un expediente. Más tarde, se abre expediente de constitución de tutela mediante oficio y se asume la tutela urgente del menor tramitándose el pertinente procedimiento administrativo mediante el cual se cede la tutela del pequeño a sus tíos.

Los padres solicitan una indemnización en concepto de daños morales debido a la privación del menor de la convivencia con ellos. A tal solicitud, el Tribunal responde basándose en el artículo 39 de nuestra Constitución de donde extrae el interés del menor como principio superior al interés de los padres.

Con esta sentencia puede verse como, en base al artículo 39 de nuestra Constitución, los servicios sociales están facultados para preservar la integridad del menor alejándolo incluso de sus propios padres con la finalidad de beneficiarle y protegerle.

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 740/2013 de 3 de diciembre, en la que se produce nuevamente el caso de un menor que es víctima de malos tratos e insultos por parte de la pareja de su madre.

Ante esta situación y según lo dispuesto en los tratados internacionales y en el artículo 39 de la Constitución, se justifica la extracción del menor del entorno familiar con la finalidad de proporcionar su protección ya que, otra vez, el interés del menor es el principio prevalente sobre cualquier otro interés que pueda concurrir. Aquí, el acogimiento del menor se otorga a sus padrinos, siguiéndose en todo momento una actuación correcta y ajustada al interés del niño.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 74/1997 de 21 de abril se incumple la obligación de alimentos que tiene un padre para con su hijo menor de edad. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional vuelve a considerar vulnerado el artículo 39.2 de la Constitución.

Además, es interesante contemplar en ella que el legislador tiene en la misma consideración a las familias de origen matrimonial y a las familias de origen no matrimonial. Esta igualación entre una y otra clase de familias, no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales. De igual manera, la Constitución obliga a dispensar una protección integral con independencia de su filiación y respecto de quienes los padres deben prestar asistencia con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial, ya que su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es resultado de decisiones ajenas a los mismos, así se extrae de los artículos 39.2 y 3 de la Constitución Española.

Si el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, hubiese decidido proteger a los hijos fruto de una relación matrimonial pero no a los habidos en las relaciones extramatrimoniales, frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, estaría incurriendo en una discriminación por razón del nacimiento que se encuentra proscrita por el artículo 14 de nuestra Constitución. Por lo tanto, gracias a esta sentencia observamos que los hijos, independientemente de su origen, son protegidos de igual manera por la Constitución.

3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR POR EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 154 del Código Civil dispone que son los padres quienes tienen la patria potestad de sus hijos no emancipados y que deben ejercerla en beneficio de sus hijos y con respeto a su integridad física y psíquica.

Dicho artículo continúa diciendo que los padres deberán velar por sus hijos, lo que implica cuidarlos solícitamente, con extrema diligencia, vigilar y controlar las actividades del otro progenitor y las relaciones del menor con terceras personas¹.

También, tendrán que tener a sus hijos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Como observamos en el presente artículo, el propio Código Civil vela por la integridad del menor y le protege de ser maltratado dentro del ámbito familiar ya que es éste ámbito el que está llamado inicialmente a asumir la función de velar por el menor². En la misma línea se pronuncia el artículo 110 del Código Civil donde se dispone nuevamente que el padre y la madre, están obligados a velar por los hijos menores.

El propio Código Civil en su capítulo V bajo la rúbrica “De la adopción y otras formas de protección de menores”, prevé mecanismos para proteger al menor del maltrato que pueda recibir.

A continuación, veremos dos de los mecanismos más habituales que suelen llevarse a cabo para garantizar el bienestar del menor.

En primer lugar, el acogimiento, puede darse tanto por una entidad pública (artículo 172 del Código Civil) como por un familiar (artículos 173 y 173bis del Código Civil).

Según lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil, la administración asumirá las funciones propias de la tutela o guarda de menores en los siguientes supuestos:

1. En el supuesto de que el menor se encuentre desamparado. En este caso, la institución pública debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificarlo a los padres, tutores o guardadores en un máximo de 48 horas, informándoles de forma presencial, clara y comprensible sobre las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y sobre los posibles efectos de la decisión adoptada, siempre que sea posible.
2. Cuando los padres lo soliciten ante la imposibilidad de cuidar del menor por circunstancias graves, la entidad pública asumirá la guarda del menor temporalmente.

¹ Rodrigo Bercovich (catedrático de derecho civil).

² Así lo indica el artículo 154 del Código Civil y también los artículos 108 y siguientes del mismo Código donde se regula la filiación.

3. Cuando así lo acuerde el Juez en los casos en los que legalmente proceda.

Por otra parte, el artículo 172.3 del Código Civil nos muestra como la guarda asumida en función de la tutela o a solicitud de los padres y tutores se realizará mediante acogimiento familiar o acogimiento residencial.

El acogimiento familiar consiste en la inserción del menor en una familia o en un hogar funcional. En la decisión que corresponde a la entidad pública, se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma persona (artículo 172.4 del Código Civil). Si los padres, en el momento de consentir el acogimiento se oponen, el mismo será acordado por el Juez, en interés del menor (artículo 173.3 del Código Civil).

El acogimiento familiar produce la plena integración del menor en la vida de la familia e impone a quienes lo reciben las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una educación integral (artículo 173.1 del Código Civil).

Como se extrae del artículo 173 bis, existen tres clases de acogimiento familiar:

1. El acogimiento familiar simple, que tiene carácter transitorio, porque se prevé la reinserción del menor en su propia familia, o porque se está pendiente de adoptar una medida más estable. También se podrá constituir cuando los padres o el tutor no consientan o se opongan al acogimiento durante el tiempo de la tramitación judicial.
2. El acogimiento familiar permanente, tiene la finalidad de dotar al menor de un hogar estable con plena inserción en el mismo. Para ello, puede solicitarse al Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela, que faciliten el desempeño de su función.
3. El acogimiento familiar preadoptivo, cuando se eleve la propuesta de adopción del menor ante la autoridad judicial, que deberá ser informada por los servicios de atención al menor.

Para ello, se requiere que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado su consentimiento ante la entidad pública, así como que el menor esté en situación jurídica adecuada para su adopción.

También se podrá formalizar este acogimiento antes de la propuesta de adopción, cuando se considere necesario establecer un período de adaptación

del menor a la familia, que deberá ser lo más breve posible y no superar en todo caso el plazo de un año.

En segundo lugar, la adopción es definida por una enciclopedia jurídica de la red como aquel acto o negocio de derecho privado en virtud del cual entre adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos o, al menos, análogos a los que resultan de la procreación entre padres e hijos. Es una institución que responde a la idea de dar un hogar a los menores que carecen de él.

Por su parte, los artículos 175 a 180 del Código Civil exponen los requisitos necesarios para que esta medida pueda llevarse a cabo.

Para poder adoptar, el Código Civil exige que el adoptante sea mayor de 25 años; además, sólo podrán ser adoptados los menores no emancipados siempre que no sean un descendiente, un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad ni un pupilo por su tutor antes de haberse aprobado definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

A diferencia del acogimiento, la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos con la familia del progenitor (salvo excepciones tasadas legalmente en nuestro Código Civil) y es irrevocable.

3.1. Aplicabilidad de la normativa del Código Civil referente a la protección del menor.

En la Sentencia número 330/2000 de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª), se narran los hechos relativos a la situación que se produce cuando una madre, tras llegar tarde a casa, comienza una discusión con su pareja sentimental. En esta discusión irrumpe su hijo, menor de edad, quien le recrimina a su madre la hora a la que ha llegado, que no había cenado y que seguro que “había estado con otro”. Como consecuencias de tales recriminaciones, la madre le da un bofetón en la cara debido al cual comienza a sangrar por la nariz. A continuación, la madre se percata de que su otro hijo está en la habitación con su novia viendo la televisión, va hacia donde están ambos, comienza a discutir con su otro hijo, le araña en la cara y, como consecuencia, éste golpea de forma involuntaria un cristal que se rompe y que le produce cortes leves en la mano. El primero de los hijos era menor de edad.

En esta sentencia se condena a la madre como autora de dos faltas de lesiones, tal resolución se fundamenta en base a que el artículo 154 del Código Civil pretende que los padres corrijan de manera razonable y moderada a sus hijos. Tal artículo reconoce

claramente el derecho de corrección que tienen los padres sobre sus hijos, pero tal corrección debe ser razonable y moderada.

En el derecho de corrección que tienen los padres y tutores sobre los hijos menores de edad no emancipados y los pupilos, la existencia del ánimo o voluntad de corregir, como elemento subjetivo de la causa de justificación no puede faltar en ningún caso, por lo que si el derecho de corrección aparece necesario y adecuado, el exceso en el mismo puede originar la eximente incompleta, salvo que el exceso sea muy grave. Por faltar el *ánimus corrigendi* no podrá aplicarse la eximente incompleta ni la completa en los supuestos de ejercicio habitual y con cualquier fin de violencia física sobre hijos menores de edad sometidos a la patria potestad o pupilos, pues en estos casos no puede entenderse que los castigos persigan un fin correccional.

En el caso planteado no se produce el ánimo subjetivo ni la proporcionalidad del golpe. La bofetada que la madre propina a su hijo no tiene como finalidad corregirle, ya que se trata de la primera reacción de ella ante las reprimendas del menor; por otra parte, un golpe que produce un profuso sangrado por la nariz y que provoca una contusión ocular, en ningún caso puede ser tratado de razonable ni moderado. Por los actos descritos que se oponen a lo establecido en el artículo 154 del Código Civil el tribunal condena a la madre conforme a lo anteriormente expuesto.

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 5ª) número 164/2010, se da el caso de abandono de un menor por parte de sus padres lo que propició que la integridad física del niño estuviese en un elevado grado de peligro; además de las carencias afectivas, sociales y económicas que recibió de los mismos y que eran de tal entidad que vulneraban de manera clara y efectiva los deberes impuestos en el artículo 154 del Código Civil. Por este motivo, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Cádiz, decidió en fecha de 16 de Julio del 2010 privar a los padres de la patria potestad sobre su hijo menor de edad no emancipado. Contra dicha sentencia interponen los padres recurso de apelación, el cual es desestimado por el Juzgador basándose en que los artículos 154 a 161 del Código Civil son un instrumento puesto al servicio de los hijos y constituido en su beneficio, que entrañan deberes a cargo de los padres, dirigidos (como declara el artículo 39 de la Constitución) a prestarles asistencia en todo orden, de forma que todas las actuaciones judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, han de estar presididas por el principio de protección al interés superior del menor. Sigue añadiendo el legislador que sobre los padres, recae la obligación de proteger especialmente a los hijos cuando estos por razón de su edad, no pueden valerse por sí mismos, siendo la patria potestad el mecanismo creado para cumplir con tal finalidad protectora.

Por dicho motivo, las facultades que se atribuyen a los padres tienen la finalidad de proteger los intereses del menor y, en los casos en que se haga un ejercicio indebido o

no ejercicio de estas facultades, la patria potestad puede restringirse o suspenderse, e incluso en los casos más graves decretarse la privación de este derecho. Por considerar el Juez vulnerado de manera efectiva el artículo 154 del Código Civil, considera conforme a derecho privar a los apelantes de la patria potestad de su hijo.

4. LA PROTECCIÓN DEL MENOR POR EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal Español en su Título XII del Libro II, bajo el título “delitos contra las relaciones familiares”, agrupa toda una serie de delitos que afectan a la familia y que vulneran los derechos y obligaciones de la misma.

El Capítulo III del mencionado título se centra en los delitos contra los derechos y deberes familiares, entre los que se encuentran el quebrantamiento de los deberes de custodia, la inducción de los menores al abandono de domicilio, la sustracción de menores y el abandono de familia, menores o incapaces.

D^a Patricia Alzate Monroy, abogada especializada en el área del Derecho matrimonial y de familia, en su artículo *Supuestos de los delitos familiares*, analiza los distintos tipos de delitos contemplados en el Código Penal que pueden darse dentro del ámbito familiar y, en consecuencia, afectar a los menores que formen parte del mismo.

En primer lugar, se refiere al abandono de menores, delito tipificado en los artículos 226 a 231 del Código Penal.

En segundo lugar, se refiere al delito de utilizar a los menores para dedicarlos a la mendicidad y que se encuentra recogido en los artículos 232 del Código Penal.

En tercer lugar, pasa a referirse a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores que son más despreciables y graves si se cometen en el ámbito familiar; ya que, puede haber lugar a la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.8 del Código Penal (obrar con abuso de confianza) o de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

Dentro de este grupo de delitos encontramos:

- a) Las agresiones sexuales, se encuentran reguladas en los artículos 178 a 180 del Código Penal. Cabe tener en cuenta que el artículo 180.1.3, contempla un supuesto agravado en la violación que se aplica en los casos en que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
- b) Los abusos sexuales, están regulados en los artículos 181 y 182 del Código Penal. El artículo 181.1 contempla un supuesto agravado cuando los hechos se lleven a cabo sobre menores de trece años
- c) Se incluye en los artículos 183 y 183bis un tipo especial de estos delitos relativo a los delitos de abusos sexuales y agresión sexual en menores de 13 años.

- d) Los artículos 185 y 186 regulan los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. El art. 185 castiga al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad. Y, el art. 186, al que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad.
- e) Y, por último, los artículos 187 a 190, los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores.

Otros delitos de los que también pueden ser víctimas los niños dentro del ámbito familiar, que se encuentran recogidos en el Código Penal y a los que también alude D^a. Patricia Alzate en su artículo son:

- a) La explotación laboral de los menores, que se agrava si se comete dentro del ámbito familiar y por alguno de sus parientes y se encuentra regulada en el artículo 177 bis del Código Penal.
- b) El incesto, que es delito si lo comete un pariente con un menor y se agrava si media violencia e intimidación (no se encuentra tipificado en el Código Penal).
- c) La violencia doméstica se produce cuando las víctimas de las agresiones físicas y psicológicas o de las amenazas y coacciones son los descendientes o los menores (entre otros) que convivan con el maltratador o la maltratadora (artículo 153 del Código Penal).
- d) El artículo 148.3 del Código Penal agrava el delito de lesiones para aquellos casos en los que la víctima de las mismas sea menor de 12 años.
- e) El artículo 369.5 tipifica la conducta de todo aquel que facilite sustancias estupefacientes a menores de 18 años.

4.1. Aplicabilidad de la normativa del Código Penal referente a la protección del menor.

La sentencia núm. 57/2013 de 2 de octubre de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 1^a) contempla los hechos probados referentes a un padre que, aprovechando los momentos en que su mujer salía a trabajar y se encontraba en casa a solas con su hija de 5 años, agredía sexualmente a la niña. Tales abusos se iniciaron cuando la niña tenía 5 años y se prolongaron hasta que cumplió los 15.

El Tribunal condena al padre de la menor como autor de un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179 y 180.4 del Código Penal.

En la Sentencia número 1161/2000 de 26 de junio de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se condena el caso referente a un bebé que es maltratado por su padre y

cuya madre se muestra pasiva ante tales malos tratos. Cuando el bebé lloraba, su padre reaccionaba abofeteándole y pellizcándole para que se callara, produciéndole hematomas por todo el cuerpo.

Cuando se le realizó al menor la revisión médica correspondiente a los 5 meses de edad, el pediatra detectó el trato que estaba recibiendo el menor y lo puso en conocimiento de los Servicios Sociales y la Fiscalía de Menores; gracias a esta actuación se realizó un seguimiento del menor.

Unos meses más tarde, los padres acudieron con su bebé al servicio de urgencias médicas ya que éste no reaccionaba, presentando un estado de parada cardiorrespiratoria sin respuesta a ningún tipo de estímulo. Tal situación se produjo debido a que el menor había ingerido por vómito papilla. Las radiografías que se le hicieron a su ingreso, sacaron a la luz nueve fracturas costales y se detectaron múltiples hematomas.

Se condena a Juan Manuel por un delito de malos tratos habituales y un delito de lesiones, siendo agravados estos delitos por las circunstancias agravantes de parentesco y alevosía (tales delitos se encuentran tipificados en los artículos 153 y 147 y 148.3 del Código Penal respectivamente).

Por los mismos hechos se condena a Vicenta quien es responsable de los mismos delitos pero, en su caso, cometidos en comisión por omisión³.

Por último, en la Sentencia 272/1996 de 25 de marzo del Tribunal Supremo los hechos probados consisten en un matrimonio que tiene un hijo fruto de un embarazo no deseado, motivo por el cual el menor es objeto del desafecto de sus padres, de manera que prácticamente se desentienden de él cuando con tan solo 45 días de vida tuvo que ser ingresado por padecer crisis de aspiración. Al percatarse del rechazo que padecía el menor, el hospital puso su situación en conocimiento de la asistente social. La desatención hacia el niño continuó a medida que pasaba el tiempo hasta el punto de que, siendo aún muy pequeño, por el descuido de sus padres ingirió el contenido de una botella de aguafuerte, lo que le produjo graves secuelas físicas.

El menor era frecuentemente golpeado por su padre, sin que la madre, conocedora de los hechos, hiciera nada por impedirlo; al contrario, lo ocultaba.

³ Esta figura se encuentra recogida en el artículo 11 del Código Penal, de donde se extrae que *los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

Además, a su profesora le llamó la atención la falta de higiene que padecía el menor en comparación con la limpieza que presentaban los dos hermanos de éste; y, también, que tuviera hematomas y arañazos, lo cual puso en conocimiento de la dirección del centro y por lo cual presentó denuncia contra los padres del menor.

Una noche, por motivos no concretados, cuando el niño se hallaba en la habitación que compartía con su hermano fue agredido violentamente por su padre, quien primero le propinó dos fuertes golpes en la boca y en el carrillo derecho; y, posteriormente, le causó dos fuertes golpes en la cabeza que provocaron en el niño una conmoción cerebral con pérdida de conciencia y edema cerebral, lo cual desencadenó en su muerte.

Los padres del menor fueron condenados como responsables de un delito de parricidio y como autores criminalmente responsables de un delito de maltrato habitual a un hijo.

Mediante estas sentencias es visible como el Código Penal tipifica y, en consecuencia, castiga las conductas de los padres para con sus hijos que puedan dañar la dignidad de éstos, atentar contra su libertad sexual, dañarles física o psicológicamente e incluso acabar con su vida (como efectivamente sucedió en la última sentencia analizada, en la que los malos tratos sufridos no solo produjeron secuelas en el menor sino que consiguieron acabar con su vida).

5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR POR LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.

Cómo se manifiesta en su exposición de motivos, *la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor* surge de la necesidad de dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección.

Un breve análisis de la situación legislativa en España, tras la aprobación de la Constitución, pone de manifiesto que fue la *ley 21/1987, de 11 de noviembre* la más innovadora generalizándose el interés superior del menor como el principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquel. Sin embargo, esta ley pronto quedó obsoleta siendo necesaria una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código civil, modificación que se produce con la aprobación, en enero de 1996 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Esta Ley considera menor a todo sujeto de edad inferior a 18 años. El artículo 1 dispone que la ley y las disposiciones que la desarrollen son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Los destinatarios de esta Ley son todos los menores que se encuentren en territorio español sean nacionales o extranjeros.

Los principios rectores en materia de protección de menores los encontramos en el artículo 2 de esta Ley y son: el interés superior del menor, el contenido educativo de las medidas y la necesidad de que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpreten de forma restrictiva.

El Título II de esta ley denominado Actuaciones en situaciones de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores, contempla situaciones de desprotección social del menor que implican un distinto grado de intervención.

Tanto la Ley Orgánica 1/1996 como las diferentes normas de las Comunidades Autónomas, contemplan básicamente dos situaciones de desprotección social del menor, que implican un distinto grado de intervención:

- En caso en que el menor se encuentre en una situación de riesgo⁴, el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, dispone que los poderes públicos deberán garantizar los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

⁴ La doctrina ha considerado que constituyen una situación de riesgo desde los problemas económicos, hasta los problemas de salud, pasando por los problemas conyugales.

- Por otro lado, en el caso en que el menor se encuentre inserto en una situación de desamparo⁵, el artículo 18 de la misma Ley, manifiesta que cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en estado de desamparo, actuará conforme a lo dispuesto en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela del menor, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

5.1. Aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En la sentencia número 42/2006 de 27 de enero de la Audiencia Provincial de Castellón, se dan los hechos de un matrimonio que mientras está asistiendo a una representación teatral con su hijo, comienza a discutir. El marido dice una serie de insultos a su mujer y le propina un empujón. Dada esta situación, el pequeño (al que su madre sostenía en brazos) comienza a llorar, motivo por el cual, el padre, le propina un cabezazo a consecuencia del cual tiene que ser trasladado al hospital.

Se condena al padre como autor de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia doméstica, por lo que se le priva del acercamiento y comunicación con su hijo durante dos años.

El Juez fundamenta tal condena en que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, previene expresamente en su artículo 2, que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; en su artículo 3.1 dispone que los menores gozarán de los derechos que le reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna; y, por último, el artículo 3.2 manifiesta que la presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

En este caso vemos como según lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, la seguridad del menor se ha garantizado con la pena de alejamiento que ha sido impuesta al padre.

⁵ Situación definida en el artículo 172.2.1 del Código Civil como la que se produce de hecho a causa del incumplimiento de, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

6. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN BALEARES

6.1. La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.

Cómo se manifiesta en su artículo 1, esta ley tiene el objeto de asegurar la protección integral de las personas menores de edad, mediante el reconocimiento y garantía de los derechos de los que son titulares, el establecimiento de un sistema integral que las proteja en todos los ámbitos y la fijación de los principios que han de regir la actuación de las entidades responsables de su atención.

Debido a que los menores son más vulnerables que los adultos, es necesario proporcionarles una protección específica, jurídica y administrativa que signifique un plus de protección respecto a la generalidad de la ciudadanía.

Por este motivo y con la finalidad de proteger a los menores de edad que se encuentren en Baleares, se hace necesaria la creación de una norma de carácter integral que regule los derechos y obligaciones de las personas menores de edad y los mecanismos de actuación de los poderes públicos, a tal fin aparece *la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares*.

Esta norma, reúne y hace explícitas las obligaciones concernientes a los poderes públicos, a las instituciones, y a las entidades que desarrollan actividades dirigidas a la población infantil o que repercuten, directa o indirectamente, sobre los padres o las madres y los familiares, sobre los menores y sobre la sociedad en general.

Como conclusión, se dispone en la exposición de motivos que esta ley, centrándose en el sistema de protección del menor de edad y en el reconocimiento de sus derechos, pretende regular la atención que ha de prestarse en cuanto a la prevención, protección y ejecución de las medidas de protección y reforma. Añadiéndose, así mismo, que la Ley 17/2006, mejorará las condiciones de vida de los menores que se hallen en el territorio de las Islas Baleares.

6.2. Aplicabilidad de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.

Un ejemplo de aplicación de la Ley 17/2006 de 13 de noviembre, se halla en la Sentencia número 402/2009 de 24 de Noviembre de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª), en la que se reproduce el caso de una menor que confiesa a su abuela paterna que lleva 2 años siendo víctima de abusos sexuales y maltrato físico y psicológico por parte de la pareja de su madre; a consecuencia de tal confesión, la abuela remite un escrito vía fax a la Administración comunicando lo que su nieta le ha confesado. A raíz de dicho escrito, el Servicio de Protección de Menores comienza a investigar el caso.

En los fundamentos de derecho de esta sentencia, el Juez hace referencia a la infracción de diversos preceptos de la Ley 17/2006.

Añade que el artículo 69 de la mencionada Ley establece que, cuando de la primera información disponible o a resultados de lo concluido en las comprobaciones iniciales e investigación previa se constata la situación crítica en la que se encuentra la persona menor de edad, se considere la existencia de un riesgo grave e inminente para su integridad física o psíquica o se deduzca la necesidad de una intervención sin demora, está se llevará a cabo con las medidas cautelares necesarias dentro de un procedimiento sumario. Además, continúa diciendo el artículo que si hay obstrucción por parte de los responsables de la persona menor de edad de esas primeras actuaciones o comprobaciones o la falta de colaboración, cuando tales comportamientos pongan en riesgo la seguridad del menor, así como la negativa a participar en la ejecución de las medidas dictadas, cuando ello propicie su mantenimiento, cronificación o agravamiento de la situación de desprotección, podrá fundamentar la declaración formal de desamparo mediante el referido procedimiento sumario. Por último, el artículo 69 enseña que la tramitación continuará, posteriormente, de conformidad con lo establecido en el procedimiento ordinario a fin de completar la instrucción, confirmar la declaración de desamparo o declarar la extinción de la tutela inicialmente constituida.

También alude el Juez a lo dispuesto en el artículo 70 de la misma ley, donde se regula la propuesta de resolución, añadiendo que efectuada la correspondiente valoración por el equipo técnico se emitirá un informe en el que se propondrá la adopción de las medidas de protección adecuadas al caso, si procede.

En el caso enjuiciado la medida cautelar adoptada respecto de la menor obedece a un procedimiento sumario seguido por la Administración en el cual existen dos hitos fundamentales, cuales son la entrevista psicológica con la menor para objetivar la credibilidad de los hechos delictivos por ella expuestos, y la posterior comparecencia de la demandante ante la Administración demandada.

7. LA PROTECCIÓN DEL MENOR POR LA LEGISLACIÓN EUROPEA

⁶La Unión Europea (UE) ha dado unas orientaciones que constituyen la base de la protección de los derechos del niño en su política exterior. Éstas van dirigidas a favorecer un enfoque global de los derechos del niño, reforzar los esfuerzos realizados actualmente y mejorar la coherencia de las actividades en este ámbito.

Con tal de conseguir su objetivo, la UE ha puesto en vigor diferentes textos legales en los que se establecen normas que obligan a los ciudadanos a tener presente el interés superior del menor y que pretenden proteger a éste de las adversidades que puedan presentársele.

Entre tales textos, cabe hacer mención de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959; la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 19 de abril de 1996; el Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 o la Resolución A 3-0172/1992, del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, de 19 de abril de 1996

A continuación realizaré un breve análisis sobre el Convenio de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que es uno de los textos sobre protección del menor a nivel europeo que destaca por su trascendencia.

7.1. El Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

La familia es una de las preocupaciones de Naciones Unidas y, en especial, el trato que reciban los niños dentro del ámbito familiar.

Tal preocupación tiene su origen en que las enseñanzas que éstos reciban en su seno, serán una de las bases más importantes para una futura sociedad con cultura democrática o, por el contrario, sociedades que acepten regímenes dictatoriales. Los valores que los niños reciban de parte de sus familiares serán uno de los elementos fundamentales que marcarán la diferencia entre comunidades en las que se respeten los derechos humanos y las que no.

Como se observa, las Naciones Unidas son plenamente conscientes de las consecuencias que tienen los principios y valores que la familia transmite a los menores, esto es así, debido a que los niños son los miembros más vulnerables que constituyen la unidad familiar. De ahí, la preocupación y necesidad existente de proteger los derechos que ostentan en tanto que integrantes de una familia.

⁶ Esta información ha sido extraída de la página www.europa.eu.

Sabido esto, cabe centrarse ahora en la labor que ejerce el *Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*. En él se dice que el niño, para lograr el desarrollo armonioso y pleno de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia en la medida de lo posible. Teniendo el derecho a recibir una atención especial por parte de su familia e incluso del Estado.

Este Convenio aplica a los niños los derechos humanos básicos que reconoce la Declaración de Derechos Humanos a cualquier persona. Algunos derechos específicos que se reconocen en el Convenio son:

- El artículo 7 reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en la medida en que esto sea posible.
- El artículo 9 les reconoce el derecho a no ser separado de los padres contra la voluntad de los padres.
- El artículo 8, el derecho a las relaciones familiares sin injerencias.
- El artículo 546, la obligación del Estado de respetar los derechos y deberes de los padres y de la familia extensa según la costumbre local.

7.1.1. CASOS DE VULNERACIÓN DEL CONVENIO DE DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo número 51/2008 de 29 de mayo, condena el caso en que la pareja sentimental de la madre de una niña de 7 años se encuentra con ésta por la calle y le pregunta a donde va, la niña le responde que “por ahí”; al insistir el acusado, la menor le dice que se dirige al bar llamado el “Tótem”, ordenándole el acusado que vuelva a casa a las 22:30 horas, la agarra del brazo para tratar de llevársela por la fuerza, cogiéndola de los pelos y del cuello, a consecuencia de lo cual la pequeña sufre hematomas.

Un año antes de los presentes hechos, el acusado dio un bofetón a la menor en el oído.

Al sentenciar los hechos descritos, el Tribunal manifiesta que el maltrato físico al amparo de la corrección no puede ser justificado dentro de nuestro ámbito nacional ni internacional. Añadiendo que, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, en su artículo 19.1, reconoce expresamente la obligación de los estados de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; en el artículo 25 del mismo Convenio impone la obligación de los estados de abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños; por último, el artículo 37 recoge la prohibición de someter a los niños a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 738/2009 de 9 de julio, se establece el régimen de visitas que tendrá un menor con sus padres que se han separado y que no se ponen de acuerdo sobre quien ejercerá la custodia del menor.

Como se vio al inicio de este trabajo, la Organización Mundial de la Salud ha considerado que en ocasiones se incluye dentro del maltrato infantil, la exposición del

menor a la violencia de pareja, por este motivo es tan importante que en estas situaciones los poderes públicos tengan muy en cuenta el interés de los hijos.

Por ello, la sentencia se basa en el artículo 3 del Convenio de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 para determinar el régimen de visitas con el que deberá cumplir esta familia. El mencionado artículo dispone que, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos; se atenderá como consideración primordial, al interés superior del niño, asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres.

Esta sentencia es un claro ejemplo de cómo el legislador, ha tenido en cuenta al menor en todas las situaciones que puedan producirse dentro de su entorno familiar y que le afecten, en este caso, la conclusión del matrimonio por separación.

BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS

Colás Turégano, Asunción, "DERECHO PENAL DE MENORES", Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

Benito Alonso, Fco.: "ACTUACIONES FRENTE A SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO DE MENORES: TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY Y GUARDA". La Ley, 1997.

Sanz Caballero, Susana, "LA FAMILIA EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA", Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

E. Roca, "DERECHO DE FAMILIA", Ed. Tirant lo Blanch, 1997.

Serrano Gómez, Alfonso, "PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PENAL", UNED, 2008.

Fernández Tomás, Antonio F, "LECCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO", Tirant lo Blanch, 2011.

- SITIOS WEB

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

<http://www.elperiodico.com/>

<http://www.anar.org/>

<http://www.am-abogados.com/blog/supuestos-de-los-delitos-familiares/1941/>

<http://www.who.int/es/>

<http://www.un.org/es/>

<https://www.boe.es/legislacion/codigos/>

<http://www.tirantonline.com.llull.uib.es/>

<http://aranzadi.aranzadidigital.es.llull.uib.es/>