

PROTECCIÓN PENAL DE LOS MENORES FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DE 1994

Juan José Medina Ariza

El ser humano, frente a otras especies animales, se caracteriza por el largo período de su vida que pasa dependiendo del soporte de los demás para desarrollarse como miembro social hasta alcanzar la madurez. En esta primera etapa de su desarrollo evolutivo la investigación criminológica ha demostrado que el ser humano puede encajarse dentro de lo que en su lenguaje se denominan *víctimas especialmente vulnerables*. Serían aquellas que ofrecen una predisposición vicimógena específica, entre otros motivos por su incapacidad para defenderse, y que, además, son especialmente sensibles al daño que significa la traumatizante experiencia de la victimización. Resultará fácil comprender esta afirmación si aceptamos que una de las formas más corrientes de victimización del menor es la que sufre en su propio hogar causada por las personas que conviven con él y que tienen a su cargo su educación, formación y cuidado. Un contexto como éste no es el más adecuado para la estimulación de un ser en desarrollo.

La sociedad consciente de esta situación ha llegado a un consenso acerca de la necesidad, como hemos podido ver antropológicamente fundada, de establecer mecanismos de protección del menor en la forma de *derechos fundamentales*. Así, la Constitución española reconoce en su art. 39 compromete a los poderes públicos en la protección integral de los hijos.

Esta protección de los hijos frente a contextos familiares no adecuados se puede articular de muy diversos modos y uno de ellos, al que tradicionalmente se ha recurrido siempre que nos hemos encontrado frente a una violación de derechos especialmente grave, es empleando el *Derecho Penal*. Así, se constata en el vigente Código Penal y en los diferentes proyectos de Código Penal de la

Democracia, que por una u otra circunstancia no acaban de entrar a formar parte de nuestro mapa legislativo.

En el momento presente se está discutiendo en nuestras cámaras de representación parlamentaria un nuevo proyecto de Código Penal, el auspiciado por el Ministro Belloch y que recoge en buena parte el texto casi finalmente aprobado de 1992, así como algunas novedades producto de las diversas sugerencias críticas que se formularon por diversos organismos y asociaciones profesionales durante la discusión del proyecto De la Cuadra.

Aún cuando el escepticismo, contrastado por la experiencia de lo ocurrido con sus antecedentes, es la actitud más juiciosa acerca del futuro de este nuevo proyecto, conviene, no obstante, que repasemos, siquiera sea brevemente, las principales innovaciones que el mismo introduce en la protección penal de los menores en el contexto familiar.

Para ello empezaremos por los *delitos contra la vida*. Matar a un hijo no es en el Proyecto objeto de una tipificación autónoma, ni agravada como en el caso del vigente parricidio, ni inexplicablemente atenuada como en el caso del infanticidio. Estas conductas pasan a ser consideradas como simples homicidios cualificados con una penalidad mayor con lo que se solucionan los innumerables problemas técnicos que suponía su regulación como tipos autónomos. Esta opción, no acogida en el Proyecto del 92 que ni siquiera consideraba esta conducta como homicidio cualificado de modo automático, aunque aparentemente parece intachable, a todos nos repugna especialmente que un padre mate a su hijo, no lo es tanto. Y no lo es, porque también va a suponer la ponderación del parentesco como agravante en todos los casos cuando la víctima sea el padre que habitualmente maltrate a su familia y el agresor el hijo o la madre que no tolera más esta situación. Quizás hubiera sido más razonable dejar jugar aquí al parentesco su papel de circunstancia mixta ponderando en cada caso su papel atenuante o agravante.

Pasando al Título III «*De las lesiones*», se puede observar que no se han introducido demasiados cambios. La razón es elemental. Toda esta materia se reformó muy recientemente por la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Quizás la novedad más interesante sea el nuevo inciso que se ha añadido en el delito de ejercicio habitual de violencia física contra miembros de la unidad familiar, así como el considerable endurecimiento de la respuesta penal en estos casos. Efectivamente, se ha pasado de la actual pena de arresto mayor, es decir, de un mes y un día a seis meses de privación de libertad a la pena, en el proyecto, de seis meses a tres años de prisión. Aumento muy considerable si tenemos en cuenta, de un lado, la desaparición de la redención de penas por el trabajo que acerca la duración nominal de las penas a su duración real, y, de otra parte, porque a partir de ahora en estos casos no se podrá aplicar

la remisión condicional de la pena con la misma facilidad con que se podía hasta el momento. Si a esto añadimos que en el nuevo inciso, que hemos referido, se incorpora una nueva regla concursal que entiende que en los casos de que la violencia física causare resultados se aplicará además la pena por las lesiones causadas, nos encontramos que en estas situaciones el prelegislador ha optado por el empleo de mano dura. Muy posiblemente no haya sido el paso más acertado. Hasta el momento este delito creado en 1989 apenas ha sido sancionado en la praxis y el recrudecimiento penal más que motivar su aplicación puede ser un elemento más para que el juez se lo piense dos veces antes de recurrir a él. Y el recurrir aquí al concurso de delitos quizás no sea lo más correcto desde el punto de vista dogmático. Un sector de la doctrina penal propone como la solución idónea en el caso de existir lesiones más graves acudir al correspondiente tipo de lesiones con la circunstancia mixta del parentesco operando como agravante ya que según los mismos nos encontramos ante una progresión en el ataque a un mismo bien jurídico o, cuando menos, a bienes jurídicos que, aunque conceptualmente sean distinguibles, tienen una misma naturaleza, no siendo el uno sino una prolongación del otro. Así, lo ha entendido la propia Fiscalía General del Estado. Conviene añadir que, en determinados casos, la posibilidad de recurrir a medidas alternativas al encarcelamiento tal y como el seguimiento de programas de tratamiento psicológico, de terapia de familia, son soluciones muy extendidas en el ámbito comparado y que en nuestro país empezaban a ser reclamadas por los psicólogos estudiosos del tema.

Importantes novedades se introducen en los *«Delitos contra la libertad sexual»*. En este título desaparecen las antiguas denominaciones y se reestructuran los tipos conforme a criterios que pretenden atender de un modo más particularizado a las circunstancias de cada caso. Con ello al tiempo que se gana en flexibilidad se gana en complejidad. Ahora dentro de los ataques contra la libertad sexual tenemos que distinguir entre abusos sexuales y agresiones sexuales, estando las segundas cualificadas por el empleo de violencia o intimidación. Los diferentes ataques a la indemnidad sexual de los menores realizados dentro del ámbito familiar pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- a) Los actos que atenten contra la libertad sexual de otro, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima mayor de doce años, como la paternidad, se castigan con la pena de multa de seis a doce meses.
- b) Los actos que atenten contra la libertad sexual de otro, sin violencia o intimidación, realizados sobre menores de doce años se sancionan con pena de prisión de seis meses a dos años en todo caso.

- c) Cuando estos actos consistan en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal existiendo abuso de superioridad por parte del ascendiente contra su hijo mayor de doce años la pena será de cuatro a seis años.
- d) Cuando el abuso consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal a un menor de doce años por parte del ascendiente la pena será de seis años y seis meses a diez años.
- e) Los atentados contra la libertad sexual con violencia o intimidación del ascendiente contra una persona especialmente vulnerable por su edad serán sancionados con la pena de seis años y seis meses a diez años.
- f) Cuando estos atentados, empleando violencia o intimidación, consistan en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal la pena será de catorce a quince años de prisión.

Además, en los casos en que quienes realicen los tipos de exhibicionismo, difusión de pornografía, promoción de la prostitución, utilización en espectáculos o con fines pornográficos fueran los propios padres o familiares responsables la pena se verá agravada. En este ámbito de los delitos sexuales, diversos de las agresiones y los abusos sexuales, se sigue recogiendo un tipo de omisión, por parte del responsable del menor, consistente en la omisión de medidas tendentes a sacar al mismo de su estado de corrupción o prostitución.

En todos estos casos, además, el juez puede imponer razonadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión un oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. Aunque debe valorarse positivamente el cambio de perspectiva asumido, tendente a la desdramatización de estos tipos delictivos y a una solución más justa y ponderada en función de las circunstancias, es preciso advertir que el Proyecto presenta una serie de deficiencias técnicas que pueden llevar a la impugnación por inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos relativos a la persecución penal de los agresores sexuales intrafamiliares. Se ve especialmente afectado el principio non bis in idem que prohíbe tomar en consideración doblemente un mismo hecho en orden a su ponderación penal. Sólo a título de ejemplo baste considerar que después de señalar la agravación de la pena que se aplica a este tipo de agresores en las concretas tipicidades al final del Título se vuelve a señalar genéricamente que las penas en estos casos han de aplicarse en su mitad superior. Otro ejemplo, cuando nos encontramos con un abuso sexual sobre mayor de doce años con abuso de superioridad cualificado por la forma de conducta (acceso carnal, etc.) el parentesco se toma en consideración como agravante pese a que el mismo esté siendo esa relación de superioridad de la que se está abusando. Será, por tanto,

pertinente que durante la tramitación parlamentaria se solucionen estos problemas y otros parecidos que se puedan hallar.

Al margen del maltrato físico y el sexual, se recoge en el Proyecto la otra gran modalidad de maltrato infantil: el abandono. Efectivamente, en el art. 221 del Proyecto, parágrafo segundo, se castiga el abandono definitivo de menor de doce años o incapaz por parte de los padres, tutores o guardadores legales con la pena de prisión de dieciocho meses a tres años. Cuando el abandono sólo fuese temporal se impondrá la pena inferior y cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro concreto la vida, salud o libertad sexual del menor de doce años o incapaz se impondrá la pena de dos a cuatro años.

De este modo desaparecería el anacrónico abandono para ocultar la deshonor de la madre, se elevaría la edad del sujeto pasivo, ahora el grupo protegido sería más amplio, no sólo los menores de siete años, se suprimiría la cualificación por el resultado muerte y, además, se crearía un tipo atenuado, cuando el abandono es temporal, que no existe como delito en la legislación vigente. Además, el Juez o Tribunal, en los casos de abandono definitivo, podrá imponer, en atención a las circunstancias del menor, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años. Y, en todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor. Estas medidas jurídico penales y jurídico civiles se aplican también en el caso del delito de explotación del menor para la mendicidad cuando fueran sujetos activos los responsables del mismo.

Esto es lo que aporta el Código Penal a la tutela jurídica del menor que es maltratado dentro de su propio contexto familiar ¿Es suficiente? Naturalmente que no. El Derecho Penal muy raras veces es la solución de los conflictos sociales que se le plantean, incluso en no pocas ocasiones contribuye a agravarlos. Al Derecho Penal, como última ratio del ordenamiento jurídico, conviene acudir sólo cuando sea verdaderamente imprescindible, cuando no contemos con respuestas que sean chapuzas de resolver los conflictos de modo mucho menos traumático. Lo que deberíamos plantearnos es si en algunos de estos casos se podrían ofrecer respuestas menos traumáticas, más útiles y más resocializadoras. Así, enfatizando la prevención y la intervención asistencial y psicológica. En esta línea es de destacar la «terapia coactiva» que viene a reconocer la regulación de la remisión condicional de la pena en el Proyecto.

En cualquier caso no podemos olvidar que en estos casos nuestro objeto de preocupación fundamental deben ser las víctimas. De lo que se trata es, por encima de otro tipo de objetivos, de resolver sus problemas, carencias y necesidades. Y en este capítulo, aunque no se discute que se han logrado avances elogiados, no podemos dejar de reconocer que aún nos hallamos en el camino

hacia la consecución de una política de atención a las víctimas realmente digna y comparable a la existente en los países de nuestro entorno cultural. Es por ello por lo que hay que subrayar la necesidad de dar prioridad a esta dimensión de la política criminal.