

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DESAMPARO

Julietta Moreno-Torres Sánchez

Asesora Técnica del Servicio de Protección de Menores en Málaga de la Junta de Andalucía

El pasado 9 de marzo se celebró en el salón de actos del Colegio de Abogados de Málaga una charla coloquio sobre el desamparo de menores. En ella cuatro especialistas en la materia abordaron esta problemática desde distintos puntos de vista: el desamparo y el acogimiento familiar, las alternativas jurídicas ante la guarda de hecho, la crisis del sistema de protección de menores y la oposición jurisdiccional a las resoluciones administrativas relativas a la protección de menores. D. Alberto Peláez Morales, abogado; D. Antonio J. Pérez Martín, juez de Primera Instancia de Córdoba; D^{ña} Julieta Moreno-Torres y D. José L. Utrera Gutiérrez, juez de Familia de Málaga fueron los encargados de analizar esta problemática.

En este mismo acto se presentó el libro “El desamparo de Menores” del que es autora D^{ña} Julieta Moreno-Torres.

La violencia desarrollada entre los adultos de un núcleo familiar, sea cual sea el vínculo jurídico que les una, tiene una repercusión directa en los menores que habitan junto a dichos adultos, y esos menores tienen derecho a la protección contra la misma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, con intervención de los poderes públicos en los casos que ello lo requiera. La violencia intrafamiliar se desarrolla de forma descendente, ascendente y lateral. Los progenitores, tutores o guardadores la pueden ejercer sobre los hijos, tutelados o menores bajo su guarda, a su vez los cónyuges o parejas la ejercen entre sí y de forma ascendente los menores sobre las personas que los atienden y lateralmente sobre sus hermanos. En este sentido la redacción del artículo 173.2. del Código Penal se refiere a todas las relaciones de convivencia y respecto de cualquier tipo de relación intrafamiliar. La protección de la violencia intrafamiliar ha sido objeto de una exhaustiva regulación en nuestro Estado por leyes muy recientes, que han dado respuesta a demandas que la sociedad ha planteado en los últimos años. En el presente estudio vamos a analizar las posibles intervenciones de protección de los menores que la sufren, a través de la violencia de género e intrafamiliar, distinguiendo aquellas situaciones en que únicamente hay intervención social de aquellas en que existe intervención judicial

Violencia no denunciada

Centrándonos en primer lugar en la violencia entre la pareja con la que conviven menores, es de señalar que el debate social se ha centrado especialmente en la lucha contra la violencia de género, olvidando en muchos casos la necesidad de estudio y reflexión de la influencia que esa violencia genera en los menores que se encuentran bajo la guarda de las personas que ejercen o soportan la violencia, o de los casos en que la violencia entre la pareja es mutua. Es frecuente que, a través de los Servicios Sociales, llegue información a los Servicios de Protección de Menores, sobre la situación de violencia doméstica que tiene lugar en un hogar, estando menores conviviendo en un clima de tensión en



muchos casos desmesurado. La actuación respecto de los menores de cara a su protección en estos supuestos se torna complicada. Normalmente se trata de casos de violencia de género en que no existen denuncias por parte de los progenitores, pero la realidad es que los menores están sufriendo de hecho una privación de la necesaria asistencia moral, a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, tal como se define el desamparo en el artículo 172 del Código Civil. Los padres o las personas que los atienden, en la mayoría de los casos sienten afectividad hacia los menores, pero éstos están soportando un grado de violencia que repercutirá en su desarrollo como persona de forma negativa, ya que tienen como ejemplo patrones de conducta que no se consideran adecuados en una sociedad democrática.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del derecho a la vida familiar, regulado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, se ha pronunciado en diversas sentencias sobre los criterios de actuación que deben tomarse en consideración para que la injerencia en la vida familiar por la Administración se considere legítima. En primer lugar es preciso buscar el justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y la comunidad, la medida ha de ser

necesaria en una sociedad democrática, con respeto al fin legítimo de una necesidad social urgente y proporcionada con respecto al fin perseguido. En concreto el artículo 8.2. del Convenio dispone que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. También hay que valorar adecuadamente el impacto de la medida en cuestión, tanto en los padres o guardadores, como en el menor, considerando posibles alternativas antes de la separación, quedando además suficientemente probada la situación de peligro en que viven los menores permaneciendo en un ambiente de violencia. (TEDH, S.8-4-2004, N° 11057/2002, caso Haasse vs. Alemania, S. 13-7-2000, n° 39221/1998, caso Scozzari y Giunta contra Italia).

Un principio que rige en el sistema de protección de menores, proclamado por la doctrina y la jurisprudencia es el de la progresividad de las medidas. La violencia intrafamiliar tiene muchos grados, puede empezar poco a poco y desarrollarse hasta límites insostenibles. Si se detecta una situación de violencia intrafamiliar no denunciada ante los juzgados, en la que existen menores, será preciso actuar a través de los Servicios Sociales Comunitarios y en su caso a través de los Servicios Sociales especializados (especialmente a través de los Equipos de Tratamiento Familiar), y cualesquiera otros recursos sociales, a fin de disminuir sus causas y reconducir la vida familiar a la normalidad, ya que el ámbito de la propia familia es el más adecuado para el desarrollo de cualquier menor y el derecho de no ser separado de sus padres debe ser respetado (artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño), pudiendo ser considerada en este momento la situación como de riesgo social, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la L.O.1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Si dichos recursos no obtienen los resultados oportunos, será preciso poner en conocimiento del Servicio de Protección de Menores la situación de violencia, a fin de instruir un procedimiento de desamparo o en su caso declarar la situación de desamparo provisional. Para ello serán determinantes los informes psicosociales, escolares, médicos... en que se pruebe el ámbito de violencia no denunciada en que viven los menores, y que si bien en ocasiones no se ejerce de forma física sobre los mismos, sí se hace sobre su integridad moral.

En los supuestos hasta ahora planteados puede haber violencia de género o, violencia mutua entre las figuras adultas. Si a pesar de la intervención psicosocial la persona agredida no usa los medios legales a su alcance (denuncia, orden de protección, separación legal o regulación de régimen de relaciones personales con los menores, privación de patria potestad del otro progenitor...), la Administración debe intervenir a fin de proporcionar a los menores un ambiente de no violencia, estudiando otras alternativas familiares y en último extremo desamparando e ingresando al menor en centro de protección. En el supuesto en que se considere además que existe un ilícito penal, deberá además ponerse en conocimiento de la Fiscalía de Menores a fin de que se inicie la vía judicial penal si fuera procedente.

Violencia denunciada

Es diferente el caso en que la violencia entre los miembros adultos de la familia es conocida a través de partes hospitalarios y denuncias efectuadas por los sujetos pasivos, en que hay intervención del juzgado y en que entran en lidia la aplicación de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En estos supuestos es el Juzgado de Guardia y posteriormente el juzgado encargado de la instrucción del caso, quien cuenta con toda la información forense, pericial, policial... de los hechos ocurridos. Sucede que a veces los de violencia intrafamiliar, ejercida entre los miembros adultos puede generar situaciones encuadrables en los supuestos de desamparo, sin embargo dado lo perentorio de la necesidad de protección física y moral de los menores, es preciso que en el mismo momento en que se acuerda por el Juzgado de Instrucción o el de Violencia Doméstica la prisión preventiva o la orden de alejamiento, se acuerden medidas de protección de los menores. Así está previsto en las nuevas leyes aludidas. El artículo 2.7 de la Ley 27/2003 señala que respecto de las medidas de naturaleza civil que deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. En aplicación de dicho artículo, si de la información obrante en el juzgado se desprende que los menores no pueden continuar en el domicilio familiar, puede otorgar su guarda a otros parientes o bien delegarla en la Entidad Pública. Sin embargo la práctica en el Servicio de Protección de Menores, pone de manifiesto cómo en muchas ocasiones los juzgados se suelen limitar a poner en conocimiento de este Servicio la posible desprotección de los menores, pero no suelen acordar el ingreso del menor en centro de protección mediante guarda judicial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de febrero de 2004, se pronuncia expresamente sobre las medidas adoptadas en la orden de protección, y señala que para que el Juez de Guardia adopte alguna medida civil, es preciso que las mismas no hayan sido ya adoptadas previamente por la jurisdicción civil, sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Asimismo la reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha dado competencia a estos juzgados para conocer de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, estableciendo la posibilidad de que el juez ordene la suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores o la suspensión de visitas. A diferencia la ley reguladora de la Orden de Protección, la Ley 1/2004, sí menciona como medida específica la suspensión de la patria potestad. Verdaderamente en los términos que está redactado se puede considerar que lo que se hace es dar al juez la potestad de dictar una resolución de efectos similares al desamparo que dicta la Administración, con la única diferencia de que la guarda y custodia se le atribuye al otro progenitor. Hay que considerar que la declaración de desamparo de la Administración se efectúa respecto de ambos progenitores y estando los dos en ejercicio de la misma, no podría declarar el desamparo únicamente respecto de uno de ellos. ■■■