



FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

NUEVA LEY DE PROTECCIÓN DE MENORES

Autora: Cristina Galán Jiménez

Director: Esteban Mestre Delgado

Marzo de 2023

ÍNDICE

Resumen	3
Palabras clave, keywords	3
Relación de abreviaturas	4
I. Introducción	5
II. Evolución histórica de la normativa de protección de menores	9
III. El interés superior del menor	16
A. Análisis del artículo 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño.	17
B. Evaluación y determinación del interés superior del menor	20
C. El interés superior del menor en España.....	23
IV. Aspectos más relevantes de la Ley	35
V. Niveles y ámbitos de actuación	51
VI. Modificaciones de diferentes textos legislativos pertenecientes a distintos ámbitos del Derecho	64
a) Modificaciones en Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	64
b) Modificaciones en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal	68
c) Modificaciones en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.....	71
d) Modificaciones en otras leyes	76
VII. Conclusiones	80
VIII. Anexo jurisprudencial	84
IX. Normativa y legislación aplicable	87
X. Bibliografía	89
XI. Webgrafía	91

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, situándola en el contexto de la evolución seguida hasta llegar a ella. Además, se estudia especialmente el concepto del interés superior del menor, ya que es el presupuesto esencial que justifica las modificaciones legislativas efectuadas, y por ello adquiere una gran relevancia en esta norma. Asimismo, se estudian sus aspectos más relevantes, entre los que se incluye el concepto de protección integral, que sirve para dar una mayor protección a los menores al otorgarles protección antes de que sucedan los hechos que les puedan dañar. De igual modo, se determinan los niveles y ámbitos de actuación que se establecen en la Ley. Finalmente, se examinan todas las modificaciones que dicha ley ha realizado en otras normativas.

PALABRAS CLAVE

Derechos del niño. Infancia. Interés del menor. Protección del menor. Protección integral. Violencia.

ABSTRACT

The present work analyzed the new Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, placing it in the context of the evolution that led to it. In addition, the concept of the higher interest of the minor is studied, since it is the essential assumption that justifies the legislative modifications made and for this reason it acquires great relevance in this regulation. Likewise, the most relevant aspects are studied, among which is included the concept of comprehensive protection, which serves to give a greater protection to minors by granting them protection before the events that may harm them occur. In the same way, the levels and scopes of action are established in the Law are determined. Finally, all the modifications that said law has made in other regulations are examined.

KEYWORDS

Childhood. Child protection. Children's rights. Interest of the minor. Integral protection. Violence.

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

Art/s.	Artículo/s
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FD	Fundamento de Derecho
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPIVI	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

I. Introducción

En el presente trabajo analizaremos la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

La CE, en su art. 39, recogía que los poderes públicos tenían como obligación la protección de los menores. Sin embargo, la asunción efectiva de este deber de defensa de los derechos de la infancia y adolescencia no comienza hasta diciembre de 1990, cuando España ratifica la Convención de los Derechos de la Infancia de Naciones Unidas, adoptada de manera unánime por la Asamblea de la ONU, el 20 de noviembre de 1989¹.

De igual modo, la protección del menor tiene también un instrumento relevante en la Unión Europea con el Tratado de Lisboa; asimismo existen modelos internacionales del Consejo de Europa para respaldar dicha protección, tales como: el Convenio de Lanzarote, para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual; el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; incluyéndose en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) un llamamiento a los Estados miembros para erradicar cualquier forma de castigo físico sobre la infancia².

En España, la protección del menor, antes de la LOPIVI, se encontraba regulada por la LOPJM, de modificación parcial del CC y de la LEC, la cual, tras los avances para defender y proteger a los menores, fue reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio³.

¹ BOE-A-1990-31312 *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>> [Fecha de consulta el 12 de septiembre de 2022]

² BOE-A-2021-9347 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>> [Fecha de consulta el 12 de septiembre de 2022]

³ BOE-A-2015-8222 *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222> [Fecha de consulta el 4 de octubre de 2022] y

Ambas leyes modificaron el sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia. Por un lado, el objeto de la LO 8/2015, de 22 de julio fue “introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas”⁴. Y, por otro, la LO 26/2015, de 28 de julio tuvo como objeto introducir los cambios que se consideraron oportunos en la legislación española de protección de la infancia y la adolescencia para poder seguir garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que las comunidades autónomas tengan una referencia para desarrollar su propia legislación sobre ello⁵.

No obstante, el sistema normativo español, atendiendo a las leyes vigentes hasta ese momento, no se ajustaba a un modelo de protección integral enfocado a los derechos humanos, ya que se centraba en las sanciones para el agresor y en atender y reparar a las víctimas, una vez producido el delito. Por ello, se consideró necesario realizar una nueva ley, la LOPIVI, también denominada “Ley Rhodes”, la cual se basa en la prevención de la violencia contra los menores y no en la espera de que se produzca un daño para poder actuar respecto a éste mediante una sanción y reparación⁶.

Esta nueva ley tiene como finalidad poder combatir la violencia sobre los menores desde una perspectiva integral, insistiendo en la prevención, socialización y educación, así como en fijar medidas de detección precoz, asistencia y reintegración de los derechos vulnerados de la víctima. Además, incorpora al derecho español los arts. 3, apartados 2 a 4, 6 y 9, párrafos a), b) y g) de la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁷.

Finalmente, es importante destacar que los menores son víctimas vulnerables, silenciosas e invisibles, sobre todo, de la violencia machista. Así pues, las

BOE-A-2015-8470 *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>> [Fecha de consulta el 4 de octubre de 2022]

⁴ BOE-A-2015-8222 *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, cit.*

⁵ BOE-A-2015-8470 *Ley 26/2015, de 28 de julio, cit.*

⁶ BOE-A-2021-9347 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, cit.*

⁷ *Idem.*

modificaciones producidas en 2015 y la “Ley Rhodes” reconocen a los menores como víctimas directas de la violencia de género⁸. Por ello, se da lugar a una reforma de la LOPJM por la Ley 26/2015, para lo que se introduce en su art. 11 la modificación que “introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras”⁹.

De este modo, la “Ley Rhodes” menciona dicha introducción en su preámbulo, teniéndola en cuenta, y establece en su disposición final décima una modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual, dispone que, la violencia de género también se corresponde con aquella violencia que se realice sobre los familiares o allegados menores de edad con el fin de perjudicar o dañar a la mujer.

Además, existen datos del Ministerio del Interior en los que se puede observar que en 2020 se presentaron 35.778 denuncias, en relación con delitos cuyas víctimas eran menores de edad. De estas denuncias: 5.686 fueron por delitos contra la libertad sexual¹⁰ (donde la mayoría eran niñas, representando el 50% sobre la totalidad) y 5.851 fueron por violencia en el ámbito familiar, (donde las más afectadas fueron las adolescentes entre 14 y 17 años)¹¹.

⁸ PARADA IGLESIAS, M., VERDE-DIEGO, C., GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., Infancia víctima de violencia de género tras la reforma del sistema de protección. Análisis a través de la prensa española en Revista Prisma Social nº 30, julio 2020, p. 251.

⁹ BOE-A-2021-9347 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, cit.*

¹⁰ Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España 2020, Ministerio del Interior. Disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2020/INFORME-DELITOS-CONTRA-LA-LIBERTAD-E-INDEMNIDAD-SEXUAL-2020.pdf> [Fecha de consulta 20 de febrero de 2023]

¹¹ Situar a la infancia en el centro de las políticas públicas, un objetivo prioritario, según la Plataforma de la Infancia, Infocop, 3 de febrero de 2022. Disponible en https://www.infocop.es/view_article.asp?id=19724 [Fecha de consulta 20 de febrero de 2023]

De igual forma, en 2019 el Registro Unificado de Maltrato Infantil registró 15.365 notificaciones de maltrato (1.412 de abuso sexual¹², 5.952 de maltrato emocional, 3.654 por maltrato físico y 8.755 por negligencia)¹³.

El presente trabajo se compone de cinco apartados: la evolución de la protección de menores (punto II); el interés superior del menor (punto III); los aspectos más relevantes de la ley (punto IV); los niveles y ámbitos de actuación (punto V); y las modificaciones que surgen en otras leyes a raíz de la LOPIVI (punto VI).

¹² A día de hoy, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual “elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”.

¹³ Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, núm. 22. Datos 2019. Observatorio de la infancia. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. (Diciembre 2020)

II. Evolución histórica de la normativa de protección de menores

Los menores, antiguamente, no eran considerados sujetos de derechos propios, sino que, cuanto más atrás miremos en la historia, más episodios de abuso¹⁴, maltrato, explotación, abandono y marginación podremos observar, ya que al no tener ningún derecho quedaban sometidos a las costumbres del lugar¹⁵.

A lo largo de la historia, se han ido realizando aproximaciones acerca de la protección de los menores, pero no es hasta el siglo XX cuando, debido a las desgracias que causaron las dos guerras mundiales, se da lugar al comienzo de una protección que va a ir evolucionando a lo largo de los años¹⁶.

Así, debido a los efectos que causó la Primera Guerra Mundial, se dio lugar a la Declaración de Ginebra, de 24 de septiembre de 1924, aprobada por la Sociedad de Naciones. Esta Declaración, reconoció los derechos para los niños, como, por ejemplo, el derecho a obtener ayuda en caso de necesidad, el derecho de tener los medios necesarios para su desarrollo, el derecho de protección contra la explotación y a tener derecho al acceso de una educación que impulse conciencia social y sentido del deber, es decir, de recibir una protección¹⁷.

En 1948, tras los estragos de la Segunda Guerra Mundial, los Estados fundadores de la ONU se dieron cuenta de lo necesario que era proteger los derechos fundamentales de todo ser humano, incluidos los de los menores¹⁸. Se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciéndose en su art. 25 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. **Todos los niños**, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, **tienen derecho a igual**

¹⁴ A día de hoy, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual “elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”.

¹⁵ OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional de protección de la infancia en Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 19, 2006, p. 114.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Historia de los derechos del niño*. UNICEF <<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>> [Fecha de consulta el 24 de septiembre de 2022]

¹⁸ OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional [...]*, *op. cit.*, p. 115.

protección social”, sin dejar al margen el art. 26 que reconocía también a los menores el derecho a la educación.

Es de destacar que, en el ámbito europeo, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, se creó el Consejo de Europa, el 5 de mayo de 1949, con el fin de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁹.

En 1959, se dio lugar a la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre. Es en esta Declaración cuando, por primera vez, se habla de derechos y libertades fundamentales de la infancia, tales como: la igualdad, la educación, la calidad de vida y la protección especial²⁰. Además, tendrán relevancia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que protegen la igualdad de derechos, teniendo en cuenta la educación y protección, para todos los niños²¹.

A pesar de estas normativas, en España se continuó con las “concepciones de tipo asistencial-paternalista de periodos anteriores, sin lograr diferenciar oportunamente las acciones protectoras y reformadoras”²². Sin embargo, con la aprobación de la CE en 1978, se diferenciaron dichas acciones y se dio paso a una protección para los menores, al establecerse en el art. 39, como hemos mencionado anteriormente, la obligatoriedad para los poderes públicos de proteger a los menores.

No obstante, aún con la CE, en España **no existía una protección efectiva** de los menores. La CE sentaba las bases de lo que se debía llevar a cabo, pero no protegía eficazmente a los menores, por ello, era necesario ampliar esta protección. Así, en 1990, España ratificaba la Convención de los Derechos de la Infancia de Naciones Unidas (aprobada en 1989).

La Convención de los Derechos de la Infancia de Naciones Unidas de 1989 es el marco universal de la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia, dando lugar al comienzo de una protección eficaz para los menores.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ VIDAL CASERO, M^a C., «La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud», en *Revista de Derecho y Salud*, núm. 1, Vol. 11, julio-diciembre 2002, p. 220.

²¹ *Historia de los derechos del niño*, op. cit. <<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>> [Fecha de consulta el 24 de septiembre de 2022]

²² OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional [...]*, op. cit., p. 116.

La Convención de los Derechos de la Infancia de Naciones Unidas no pretendía sustituir la anterior Declaración de Derechos, sino completarla. Así, considera a los menores como “sujetos de derechos y objetos de protección y establece el principio de que todas las medidas respecto a la infancia deben basarse en el interés superior del menor”²³. De igual modo, prohíbe la discriminación por cualquier motivo (como, por ejemplo, por la raza, el sexo, el idioma o la religión)²⁴.

Finalmente, hay que destacar que, en 1993, el Convenio relativo a la protección del Niño y la cooperación en materia de adopción internacional, realizado en La Haya el 29 de mayo, “pone especialmente énfasis en el desarrollo integral del niño”²⁵. Este Convenio dispone una serie de garantías de ámbito internacional, respecto a la adopción de los menores entre los países, para evitar el tráfico e irregularidades que pudieran darse en este tema²⁶.

Aparte de las normas internacionales que hemos visto y de la aprobación de la CE, en España también han existido diversas normas de protección de menores que han ido evolucionando a lo largo de los años, incorporando lo dispuesto en las normas internacionales a las nuestras.

En 1996 se dio lugar a la LOPJM, ley que fue decisiva para la progresiva intensidad legislativa donde han ido progresando los derechos del menor²⁷. En su aplicación, el interés superior del menor tiene preferencia frente a cualquier otro, hablamos pues, de un principio que ya está recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989²⁸.

Así, con la LOPJM se distinguen las situaciones que implican un riesgo de desprotección y las que ocurren de hecho, permitiendo que la entidad pública responsable pueda asumir automáticamente la tutela del menor; y se requiere un certificado de idoneidad para la adopción internacional, con la finalidad de

²³ VIDAL CASERO, M^a C., *op. cit.*, p. 220.

²⁴ OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional [...]*, *op. cit.*, p. 118.

²⁵ VIDAL CASERO, M^a C., *op. cit.*, p. 220.

²⁶ OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional [...]*, *op. cit.*, p. 122.

²⁷ *Ibidem*, p. 221.

²⁸ *Idem*.

garantizar las adopciones y el bienestar del menor y su familia, es decir, se subsanan algunas de las lagunas existentes en la anterior regulación²⁹.

Tras los avances, y tal y como hemos mencionado anteriormente en la introducción, la LOPJM fue reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Así, en el año 2015, con ambas leyes, se empezó a relacionar la protección de los menores con la violencia de género. Por ello, la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016 y el II Plan Estratégico Nacional para la Infancia y Adolescencia 2013-2016 “profundizan en la atención integral a la infancia víctima de violencia de género, poniendo, por primera vez, el foco en la victimización secundaria de la progenie como instrumento para ejercer la violencia contra las mujeres”³⁰.

Algo importante, ya que, indirectamente, los menores sufren este tipo de violencia, por la que hasta el momento no recibían ningún tipo de protección ni se pensaba que deberían de tenerla, al ser una violencia enfocada en las mujeres.

Así, es un tipo de violencia que, aunque va dirigido a realizar daño a la mujer, es causada por su pareja, creando una situación para el menor poco beneficiosa, con la que puede sufrir por el panorama familiar, el cual, puede suponerle secuelas psicológicas, al ver o saber lo que pasa en su entorno, o, incluso, porque en algún momento esa violencia indirecta se pueda volver directa hacia él.

Respecto al contenido más destacable de la Ley 8/2015, es que comienza a fijar el concepto de “interés superior del menor”³¹, dando al mismo un contenido triple: como **derecho sustantivo**, donde el menor tiene derecho a que se evalúen sus intereses y, si hay otros en juego que se ponderen, para llegar a una solución, cuando se tengan que adoptar medidas que le atañan; como **principio general de carácter interpretativo**, de forma que si se puede interpretar de más de una manera una

²⁹ OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional [...]*, op. cit., p. 129.

³⁰ PARADA IGLESIAS, M., VERDE-DIEGO, C., GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., *Infancia víctima de violencia de género tras la reforma del sistema de protección [...]*, op. cit., pp. 253 y 254.

³¹ Este concepto no es nuevo, sino que ya existía en el ámbito internacional, tal y como se ha mencionado con anterioridad. No obstante, es la Ley 8/2015 la que fija el concepto en el ámbito estatal.

disposición jurídica se tiene que optar por la que sea mejor para los intereses del menor; y como **norma de procedimiento**³².

De igual forma, también desarrolla de manera más detallada el derecho del menor a ser oído y escuchado y tiene como novedad la previsión del ingreso en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta³³.

Asimismo, esta ley considera oportuno reconocer a los menores como víctimas de violencia de género, tal y como se establece en el preámbulo de la ley “la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”, ya que algunos menores viven y crecen en una familia en la que está presente la misma³⁴.

En cuanto al contenido más relevante de la Ley 26/2015, es que “introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores de edad contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar y establece que se desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil³⁵”. Además, pretende asegurar que se queden con la mujer los hijos e hijas cuando ésta ha sufrido violencia de género, añadiendo que también tendrán derecho a cobrar la pensión de orfandad completa aquellos niños sin madre, aunque su padre, el agresor, continúe vivo³⁶.

Igualmente, introduce un nuevo Capítulo III en el Título I de la LOPJM en el que reconoce que los menores, además de tener derechos, también tienen deberes. Asimismo, refuerza la posición del menor frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de menores, mediante la obligación, de que toda persona que pudiera conocer de ello informe al Ministerio Fiscal. Por último, es de destacar que se crea el Registro Central de Delincuentes Sexuales³⁷.

³² BOE-A-2015-8222 *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema [...] cit.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ BOE-A-2015-8470 *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación [...] cit.*

³⁶ PARADA IGLESIAS, M., VERDE-DIEGO, C., GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., *Infancia víctima de violencia de género [...], op. cit.*, p. 255.

³⁷ BOE-A-2015-8470 *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación [...] cit.*

Finalmente, llegamos a la nueva ley de protección de menores, LOPIVI o “Ley Rhodes”, en la que la violencia sobre los menores se analiza desde una aproximación integral. Tal y como hemos expuesto anteriormente, se centra en la prevención, socialización y educación, y dispone también medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima.

Los primordiales referentes de protección infantil, tal y como se dispone en el preámbulo de la ley, son los tres protocolos facultativos de la Convención de 1989 y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. En este caso, para la LOPIVI, son fundamentalmente relevantes la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado; la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia; y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente. Todas ellas serán explicadas a lo largo del trabajo.

La LOPIVI tiene como objetivo “garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral”³⁸.

Esto conlleva una protección constitucional reforzada, al tener que desarrollarse los derechos mediante una Ley Orgánica (art. 81 CE), requiriéndose una mayoría absoluta para su aprobación³⁹ (art. 20 CE). Además, uno de los objetivos de la LOPIVI es garantizar los derechos del art. 15 CE, los cuales, deben de poder ser garantizados mediante un recurso preferente y sumario, así como mediante el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

Para finalizar, deberemos destacar que la LOPIVI tiene unos aspectos y notas características que, como veremos más adelante, merecen especial atención al suponer su introducción un cambio importante. Algunos de ellos son: el interés superior del menor, la prescripción de los delitos, la obligación de denuncia

³⁸ Artículo 1.1 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de julio*.

³⁹ La LOPIVI fue aprobada por 297 votos a favor de un total de 350 Diputados.

ciudadana, la prevención, la especialización, la vulnerabilidad y victimización secundaria, la protección integral, la violencia y el derecho a ser escuchado.

III. El interés superior del menor

El interés superior del menor es un concepto que existe en toda normativa internacional, estatal y autonómica; sin embargo, en la LOPIVI adquiere aún más importancia al reforzarse en determinados ámbitos⁴⁰.

Desde la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, existe el concepto del interés superior del menor, pero es la modificación que realiza la LO 8/2015 sobre la LOPJM, la que lo introduce en el ámbito estatal.

Tradicionalmente, era considerado solamente un principio, pero hay que tener en cuenta que es un principio, un derecho y una regla de procedimiento, ya que su naturaleza tiene una triple dimensión, como ya hemos visto⁴¹. Por ello, el interés superior del menor es el criterio fundamental que se debe tener en cuenta para tomar cualquier medida que los concierna.

Así, la Convención de los Derechos del Niño establece en su art. 3, párrafo 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una **consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”.

Además, su art. 12⁴² establece que el menor tiene que ser escuchado (no solo oído), y se tiene que tener en cuenta su opinión a la hora de tomar una decisión que le concierne, como veremos a continuación en el siguiente apartado.

Por su parte, la CE dispone en su art. 39.4 que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Dando lugar a que se tenga en cuenta lo establecido en la Convención.

⁴⁰ Como, por ejemplo, en los casos de separación, nulidad o divorcio.

⁴¹ Ver apartado II: Evolución de la normativa de protección de menores

⁴² “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el **derecho de expresar su opinión libremente** en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad **de ser escuchado**, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

No obstante, CARDONA LLORENS⁴³, hablaba de lo importante que era aprobar la Observación General número 14, de 2014, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, debido a las diversas visiones que tenían los Estados sobre dicho interés⁴⁴.

Esta Observación General viene a dar mayor luz a todo el asunto. Su objetivo principal es “mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, LA consideración primordial. El propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos”⁴⁵.

A. Análisis del artículo 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño

La Observación General nº 14 realiza un análisis del art. 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, del cual, es importante destacar lo siguiente⁴⁶:

1.- El interés superior del menor se entiende como un derecho colectivo y como un derecho individual, con carácter preferente al resto.

2.- Cuando el art. 3 habla del término “medida”, hay que saber que el mismo incluye, además de las decisiones, todos los actos, conductas, procedimientos, servicios, propuestas y demás iniciativas, incluyéndose también la pasividad y las omisiones (como, por ejemplo, cuando no se toman medidas para la protección)⁴⁷.

⁴³ Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia y miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

⁴⁴ CARDONA LLORENS, J., *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la convención*. Disponible en <https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf> [Fecha de consulta 21 de febrero de 2023]

⁴⁵ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14. Disponible en <<https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html>> [Fecha de consulta el 6 de octubre de 2022]

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Hay que tener en cuenta que todas las decisiones o medidas que se tomen afectan **siempre** a los menores, ya sea de manera directa o indirecta.

3.- No siempre se tiene que realizar una evaluación del interés superior del menor, salvo en los casos en los que la toma de una decisión o medida vaya a tener una especial relevancia en uno o varios niños⁴⁸.

4.- Los padres, aunque no se mencione en el art. 3, tienen que tener en cuenta el interés superior del menor, siendo, por tanto, su mayor preocupación.

De este modo, podemos observar el Auto del Tribunal Supremo 754/2022, de 5 de octubre⁴⁹, en el cual se analiza un supuesto en que los tíos del menor solicitaban el acogimiento de éste con ellos, ya que, anteriormente, se produjo una desprotección por parte de sus padres biológicos y el menor acabó con una familia adoptiva. Sin embargo, mediante ese Auto, se deniega lo solicitado, puesto que los demandantes no se han ocupado del menor y existe riesgo de que con ellos volvieran a entrar en su vida sus padres biológicos. Se dispone que el menor continuará con la familia adoptiva, con la que existe un apego y con la que el menor se encuentra bien emocionalmente, tranquilo y feliz, no existiendo riesgos en la familia que pudieran poner en peligro su desarrollo y cubriéndose todas sus necesidades.

Este Auto sirve de ejemplo para mencionar que, **el interés superior del menor respecto a la adopción es LA consideración primordial**. Es decir, el interés superior del menor es el factor que determina la decisión de la adopción, si los padres biológicos desprotegieron al menor en su momento y el resto de la familia no quiso acogerlo, no se puede arriesgar el bienestar del menor con su familia adoptiva volviendo a casa de sus tíos y pudiendo coincidir con sus padres biológicos, ya que se podría llegar a perjudicar al menor.

Al igual que los padres, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, también tienen que tener en cuenta el interés superior del menor.

Las instituciones públicas o privadas de bienestar social son todas aquellas cuya labor y decisiones afecten a los menores y a la efectividad de sus derechos.

⁴⁸ En esos casos se tendrá que “adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior”, tal y como se establece en la Observación General N° 14.

⁴⁹ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 754/2022, de 5 de octubre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/ATS+754%2F2022%2C+de+5+de+octubre+de+2022/WW/vid/912664230>> [Fecha de consulta el 20 de octubre de 2022]

Respecto a los tribunales, es un término que se refiere a todos los órganos que tramitan procedimientos judiciales y a todas las actuaciones que se relacionan con menores. En este punto, hay que diferenciar la vía penal de la civil.

- En la vía penal, el interés superior se aplica a los menores en conflicto con la ley penal o en contacto con ella (como víctimas o testigos), de igual modo que a los menores a los que les afecta la situación de sus padres que se encuentren en conflicto con la ley penal.
- En la vía civil, el menor puede defenderse por sí mismo directamente o a través de un representante. En todas las situaciones y decisiones que le afecten se tiene que velar por el interés superior del menor y demostrar que así se ha hecho.

Por otro lado, las autoridades administrativas tienen un alcance muy amplio con sus decisiones. Entre otras, tratan sobre la educación, cuidado, salud, medio ambiente, protección, inmigración y acceso a la nacionalidad. Así, “las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas en esas esferas deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación”⁵⁰.

En cuanto a los órganos legislativos, la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio tiene que ser conforme al interés superior del menor, debiendo constar en toda la legislación pertinente.

5.- El interés superior del menor es complejo y su contenido tiene que establecerse caso por caso, ya que es un concepto que tiene que ajustarse y definirse de manera individual, teniendo en cuenta las circunstancias del menor o menores, el contexto, la situación y las necesidades personales. Además, los Estados tienen que decir, cuando adopten medidas, cuál es el interés superior de los menores afectados por ellas.

El interés superior del menor debe de ser una **consideración primordial**⁵¹ y, para ello, se realiza un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Esto se debe a que los menores se encuentran en una posición de vulnerabilidad, pues no tienen las mismas posibilidades que los adultos de defender sus intereses.

del niño y se prevén las consecuencias de cualquier normativa que esté relacionada con los niños para poder garantizar que con la aplicación de dicha normativa no se verán perjudicados los derechos de los menores.

6.- El interés superior del menor puede entrar en conflicto.

Puede darse lugar a la existencia de un conflicto de intereses entre un menor y un grupo de menores, cuya resolución deberá darse caso por caso teniendo en cuenta los intereses de todas las partes. De igual modo se resolverán aquellos casos en los que entren en conflicto los intereses de los menores con los de otras personas, teniendo en cuenta que los intereses del menor son prioritarios.

Además, se relaciona con los derechos a la no discriminación; a la vida, supervivencia y desarrollo; y a ser escuchado. Así, se debe de garantizar la igualdad de oportunidades para todos y el respeto del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Del mismo modo, debe de permitirse al menor expresar su opinión y que sea tomada en cuenta respecto a los asuntos que le conciernen, no obstante, del derecho a ser escuchado hablaremos más adelante.

B. Evaluación y determinación del interés superior del menor

La evaluación y determinación del interés superior del menor son dos pasos que tienen que llevarse a cabo para poder tomar una decisión, puesto que sirven para determinar las circunstancias del hecho y de los menores.

La evaluación del interés superior del menor tiene que realizarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias personales de cada menor o cada grupo de menores, por lo que se sientan unos elementos para evaluar el interés superior del menor⁵², los cuales son⁵³:

1.- La **opinión del menor**, ya que se debe de tener en cuenta la misma en los asuntos que le conciernen.

⁵² Aunque no son los únicos, sino que pueden utilizarse otros elementos que se consideren determinantes debido a las circunstancias del menor o grupo de menores. Además, no tienen que darse lugar a la aplicación de todos, sino que cada elemento varía dependiendo de cada menor, decisión y circunstancias concretas.

⁵³ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 14 (2013), *op. cit.*

2.- La **identidad del menor**, puesto que cada menor es diferente al resto, debe de tenerse en cuenta cada característica del menor (religión, personalidad, orientación sexual, origen nacional e identidad cultural). Sabiendo que, aquellas prácticas incompatibles con los derechos dispuestos en la Convención, no se tienen en cuenta para el interés superior del menor.

3.- La **preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones**. Este elemento se basa en el derecho dispuesto en el art. 9 de la Convención: “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Por lo tanto, la separación del menor de los padres es una medida que tiene que ser aplicada como último recurso⁵⁴.

4.- **Cuidado, protección y seguridad** del menor, son elementos que deben de asegurarse. Cuando se evalúa el interés superior del menor se debe de garantizar su bienestar que “en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad”⁵⁵. De igual modo, tiene que garantizarse el cuidado emocional y la seguridad del menor contra todo tipo de abuso (físico o mental), acoso, tratos degradantes, explotación sexual y económica y la presión ejercida por compañeros, sin olvidar la evaluación futura de los riesgos, daños y demás consecuencias que puedan derivarse de la decisión que se tome respecto al interés superior del menor.

5.- Los menores que se encuentren en **situación de vulnerabilidad**, además del pleno disfrute a todos los derechos de la Convención, tendrán derecho también a que se les apliquen otras normas de derechos humanos relacionadas con cada situación específica de cada menor, por tanto, se tiene que tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra cada uno y el grado de la misma.

6.- El **derecho a la salud y educación** son elementos fundamentales para evaluar el interés superior del menor.

⁵⁴ Si el menor tiene que ser separado de los padres, se dará lugar, salvo que sea perjudicial para el interés superior del menor, a la conservación de la comunicación y relación con los padres y familia (hermanos, tíos, abuelos, primos, es decir, toda aquella persona con la que el menor tenga relación estrecha).

⁵⁵ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 14 (2013), *op. cit.*

En cuanto al derecho a la salud, si hay más de un tratamiento médico aplicable al caso, hay que tener en cuenta las ventajas y desventajas de todos ellos, esto es, ver los efectos y riesgos, además, se deberá de tener en cuenta la opinión del menor, cuando por su edad y madurez sea posible.

Respecto al derecho a la educación, todos los menores deben de tener derecho a una educación gratuita de calidad, ya que “la educación no es solo una inversión de cara al futuro, sino también una oportunidad de esparcimiento, promoción del respeto y la participación y el cumplimiento de las ambiciones”⁵⁶.

Por ende, la evaluación del interés superior es una valoración de todos los elementos que tengan relación con el menor, ponderándose cada uno en función de los otros.

Además, se tiene que tener en cuenta que los menores evolucionan y, por ello, las medidas que se adopten tienen que poder revisarse o modificarse, sin que sean definitivas e irreversibles.

Asimismo, se deben de tener en cuenta las siguientes garantías⁵⁷:

1.- El **derecho del menor a expresar su propia opinión**. Es una garantía fundamental que cuando se ejerce a través de un representante, éste tiene que comunicar con exactitud la opinión del menor, y cuando se trata de un grupo de menores, se recaba información de ellos para conocer la opinión de una muestra representativa de ellos.

Además, en aquellos casos en los que hubiese discrepancias o intereses en conflicto entre el menor y su representante, el menor tendrá que recurrir a una autoridad para proceder a adoptar otra forma de representación.

2.- La **determinación de los hechos**, la cual se realiza con la verificación de la información y datos reunidos de testigos, personas cercanas al menor y de profesionales capacitados para la evaluación del interés superior del menor.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

3.- La **percepción del tiempo**, que no es la misma para los menores que para los adultos. Por ello, deben priorizarse los asuntos de los menores y, en el momento de tomar cualquier decisión, se tiene que corresponder con la percepción del menor, además de revisarse según su desarrollo y evolución.

4.- Los **profesionales cualificados**. Son necesarios, ya que, tal y como hemos mencionado anteriormente, cada menor es diferente al resto, por lo que la evaluación de cada uno es conveniente que sea realizada por un profesional cualificado para tener en cuenta las circunstancias individuales y del hecho.

5.- La **representación letrada**. Es garantía necesaria cuando se vaya a evaluar y determinar el interés superior del menor a través de un procedimiento judicial.

6.- La **argumentación jurídica**. Toda decisión sobre el menor tiene que estar motivada, justificada y explicada. Así, se deben de explicar los elementos utilizados para la evaluación, su contenido y su ponderación. De igual modo, deben de explicarse los motivos que se han tenido en cuenta, cuando se considere que la decisión elegida no corresponde con el interés superior del menor.

7.- Los **mecanismos para examinar o revisar las decisiones**. Son garantías necesarias para aquellos casos en los que se considere que la decisión tomada no tiene en cuenta la evaluación y determinación del interés del menor o cuando se entiende que no se han cumplido las garantías procesales o que los hechos no son exactos.

8.- La **evaluación del impacto en los derechos del menor**. Esta garantía da lugar a prever las repercusiones de cualquier normativa que pueda afectar a los menores y el disfrute de sus derechos, por ello es un elemento importante que debe de tenerse en cuenta siempre.

C. El interés superior del menor en España

Tal y como hemos mencionado con anterioridad en el presente trabajo, lo dispuesto en las normativas internacionales se incorpora en el ámbito estatal, por lo tanto, tras lo expuesto en la Observación General nº 14, en referencia a la Convención de los Derechos del Niño que fue ratificada por España, pasaremos a analizar el

interés superior del menor según lo establecido en las normas estatales, sin olvidar que todo lo anterior es de aplicación y tenido en cuenta para las normas estatales.

La LOPJM, establece en su art. 2 que el interés superior del menor tiene preferencia sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Así, en 2011, el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril⁵⁸, FD tercero, dispuso:

“La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda **de forma prioritaria y preferente** a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”.

No obstante, la LO 8/2015 modifica el art. 2 de la LOPJM, dando lugar a un cambio de contenido y extensión del artículo, el cual analizaremos a continuación.

En primer lugar (art. 2.1 LOPJM), se reconoce que el interés superior del menor es un derecho y que tiene preferencia frente a cualquier otro.

“1. Todo menor tiene **derecho** a que su interés superior sea valorado y considerado como **primordial** en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, [...] **primará** el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

En el art. 2.2 LOPJM, se disponen los elementos a tener en cuenta para la evaluación y determinación del interés superior del menor⁵⁹. De estos elementos, es considerable destacar:

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 258/2011, de 25 de abril. Disponible en <<https://vlex.es/vid/280758231>> [Fecha de consulta el 24 de octubre de 2022]

⁵⁹ “2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

1.- Que los elementos del apartado a) son los necesarios a tener en cuenta para el bienestar del menor.

2.- Que los elementos del apartado b) suponen riesgos y en ciertos casos pueden ser rechazados, ya que, los mismos no tienen por qué coincidir con lo que se considere más beneficioso para el menor⁶⁰.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la importancia que se debe de dar a estos deseos, sentimientos y opiniones varía según la edad del menor, siendo evidente que cuanto mayor sea el menor, más relevante será su postura y más difícil será adoptar una decisión o medida contraria a ello⁶¹.

3.- Que del apartado c), hay que destacar que la separación del menor de los padres biológicos es el último recurso que se tiene que llevar a cabo, existiendo una preferencia en cuanto a continuar con su familia de origen y mantener relaciones y comunicaciones familiares antes que derivar al menor a una familia adoptiva. Todo ello, siempre y cuando, sea posible y beneficioso para el menor.

De hecho, hay que tener en cuenta que el art. 172 ter. 2 CC establece que:

“Se buscará siempre el interés del menor y **se priorizará**, cuando no sea contrario a ese interés, **su reintegración en la propia familia** y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”.

Este artículo es destacable, puesto que, anteriormente, hasta la modificación publicada el 29 de julio de 2015, el art. 172 ter CC era inexistente y se disponía en el

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

⁶⁰ Por ejemplo, un menor puede desear no acudir a la escuela, pero eso no es beneficioso para él.

⁶¹ SANTOS MORÓN, M^a J., *El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos* en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018, p. 218

art. 172. 4 CC que “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 institución o persona”. Es decir, anteriormente la preferencia a permanecer con la familia de origen no era tan prioritaria como ahora.

4.- Que en el apartado d) los elementos también suponen riesgos⁶², al igual que en el apartado b), y que la importancia que se tiene que dar a los mismos varía en función de la edad del menor (siendo más relevante y con mayor dificultad de adoptar una decisión o medida contraria al menor cuanto más mayor sea).

Además, hay que conocer que dichos elementos “se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales” (art. 2.3 LOPJM):

“a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se

⁶² Estos riesgos se consideran que pueden ser menores cuando el menor permanece con su familia de origen, pues, por regla general, tendrán la misma cultura, religión, convicción e idioma, no pudiendo existir una discriminación por ello.

adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

En el cuarto apartado del mencionado artículo, se dispone que, en el caso de existir otro interés legítimo junto al interés superior del menor, se deberá dar una solución al interés superior del menor, pero con aquellas decisiones que también respeten los otros intereses legítimos. No obstante, si no se pueden respetar los intereses legítimos, tiene preferencia el interés superior del menor sobre cualquier otro, sin olvidar que todas las medidas y decisiones que se lleven a cabo deben tener en cuenta los derechos fundamentales del resto de personas a las que atañe la situación.

Para finalizar, las decisiones y medidas adoptadas, teniendo en cuenta el interés superior del menor, tienen que respetar una serie de garantías. Estas garantías son similares a las establecidas en la Observación General nº 14, por lo que únicamente las mencionaremos, al haber quedado explicadas anteriormente. Estas garantías son:

“a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias

que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.”.

Además, en cuanto a los conflictos que puedan surgir entre los elementos, se tiene que atender a lo siguiente:

“la regla prevalente, según se deduce del conjunto de la regulación, es la protección del derecho a la vida del menor; que cuanto mayor sea el menor más relevancia ha de darse a sus deseos, opiniones y convicciones; y que cuando los representantes del menor adoptan decisiones relativas a sus derechos de la personalidad, por carecer el menor de suficiente madurez, es preciso respetar en la mayor medida posible sus deseos e inclinaciones”⁶³.

En suma, el interés superior del menor es el criterio que se debe de tener en cuenta para adoptar las decisiones que atañan a menores. Los elementos que se establecen en el art. 2 LOPJM (que son similares a los de la Observación General nº 14) no tienen jerarquía alguna, no son los únicos que pueden utilizarse y no tienen que utilizarse todos.

Esto se debe a que, tal y como establece la STSJ de Castilla y León, 4941/2022, de 23 de diciembre⁶⁴ “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”.

A continuación, destacaremos los tres puntos de vista que existen sobre el interés superior del menor⁶⁵.

En primer lugar, el interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado, ya que, en ninguna ley existe una solución directa, sino que según cada caso en concreto existirá una u otra solución.

⁶³ SANTOS MORÓN, M^a J., *El interés del menor*[...] *op. cit.*, p. 240

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y de lo Penal, 4941/2022, de 23 de diciembre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7e0144707d5daeda0a8778d75e36f0d/20230111> > [Fecha de consulta 18 de enero de 2023]

⁶⁵ DOMÍNGUEZ REYES, J.F., *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2018, pp. 2.218 y ss.

Así, la STS 94/2010, de 11 de marzo⁶⁶ establece que “corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado”.

De igual modo, la STS 582/2014, de 27 de octubre⁶⁷ dispone que:

“En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”.

Es decir, el interés superior del menor es indeterminado, ya que las leyes establecen elementos y criterios para su evaluación, dejando libertad al juzgador para que determine, teniendo en cuenta la edad, circunstancias del menor y cada caso concreto, lo que sea más beneficioso para el mismo.

En segundo lugar, el interés superior del menor como cláusula general. Este punto de vista lo vemos por primera vez en la STS, 623/2009 de 8 de octubre⁶⁸ al establecer que “es cierto que, en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una **cláusula abierta** que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor”.

Asimismo, la STS 835/2013, de 6 de febrero⁶⁹ dice:

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 94/2010, de 11 de marzo. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/201207179>> [Fecha de consulta 28 de octubre de 2022]

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 582/2014, de 27 de octubre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/543432678>> [Fecha de consulta 28 de octubre de 2022]

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 623/2009, de 8 de octubre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/71474558>> [Fecha de consulta 28 de octubre de 2022]

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 835/2013, de 6 de febrero. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/494106606>> [Fecha de consulta 28 de octubre de 2022]

“La aplicación de la **cláusula general** de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”.

En conclusión, la primera vez que vemos el término de cláusula general es en 2009, denominándola cláusula abierta. No obstante, continuamos observándola en numerosas sentencias, ya que el interés superior del menor, por mucho que sea indeterminado, debe tener una cláusula general que limite, en cierta medida, todas aquellas interpretaciones que puedan existir.

Finalmente, el interés superior del menor como derecho fundamental subjetivo, se debe a que, después de la Convención de los Derechos del Niño, “existe una equiparación entre el interés del menor y los derechos fundamentales reconocidos por los Estados Parte de dicha convención, que conlleva una garantía en la que el legislador impone a los tribunales, autoridades e instituciones públicas y privadas el desarrollo y cumplimiento de los derechos de todas personas y niños⁷⁰”.

Así, la STS 569/2016, de 28 de septiembre⁷¹ establece que “la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”.

Es decir, se tienen que proteger los derechos fundamentales de los menores, priorizándolos al resto, ya que el menor no tiene las mismas capacidades para su defensa.

En suma, se puede entender como un concepto indeterminado, donde se deja un margen al juzgador para que, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y

⁷⁰ DOMÍNGUEZ REYES, J.F., *El interés superior del menor en la jurisprudencia [...]*, op. cit., p. 2222

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 569/2016, de 28 de septiembre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/651139381>> [Fecha de consulta 28 de octubre de 2022]

características del menor, tome la decisión que más le beneficie; como una cláusula general, en la que se establecen ciertos límites de cara a la decisión que se opte como solución, teniendo que valorar en todo momento todas las interpretaciones existentes de una norma y escogiendo siempre la que mejor sea para el menor; y, ° finalmente, como derecho fundamental, al tener que defender y priorizar los derechos de los menores.

Por otro lado, y para concluir con este apartado, cabe señalar un artículo del Fiscal del Tribunal Supremo Manuel-Jesús Dolz Lago⁷² que versa sobre el poco afianzamiento de la perspectiva de la protección del interés superior del menor en la jurisprudencia, salvo en la STS 284/2018, de 23 de junio (con la legislación vigente en ese momento).

En dicha sentencia se analizan dos derechos: el de la víctima (interés superior del menor) y el del acusado (presunción de inocencia) y se condena al acusado al creer el Tribunal lo expuesto por las menores frente a los elementos de prueba aportados por el acusado, lo cual no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, sino simplemente el Tribunal tiene en cuenta, además de las pruebas que el acusado presenta, lo que las menores vivieron sin olvidarse de su protección. Por lo tanto, es una sentencia dictada teniendo en cuenta el interés superior del menor.

No obstante, como veremos a continuación, la STS 778/2022, de 22 de septiembre⁷³ no tiene en cuenta dicho interés superior. Dicha sentencia surge al recurrir el padre la sentencia anterior, en la que se le había condenado como autor de “un delito de asesinato, concurriendo las agravantes de parentesco y género, dos delitos de abandono de menores, un delito de maltrato habitual y dos **delitos de lesiones psíquicas sobre las dos pequeñas**, con la agravante de parentesco⁷⁴”.

Así, la STS 778/2022 absuelve al mismo del delito de lesiones psíquicas, al no considerar probado que las menores estuvieran en el momento en que se cometió el asesinato ni si el menoscabo psíquico fue por el mismo o por encontrarse

⁷² DOLZ LAGO, M.J., *La perspectiva de la protección del interés superior del menor: un caso concreto*, Diario La Ley, N° 10170, Sección Tribuna, 15 de noviembre de 2022, LA LEY.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 778/2022, de 22 de septiembre. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf66e2ceae25c8dda0a8778d75e36f0d/20221005>> [Fecha de consulta 14 de diciembre de 2022]

⁷⁴ *Idem*.

abandonadas, aun constando en los hechos probados que el asesinato se realizó en la habitación donde dormía la madre con las menores y que éstas habían estado y continúan estando en tratamiento psíquico por los menoscabos que el asesinato de su madre las causó. Además, la sentencia establece que no se cumple un requisito del art. 147 del CP, ya que:

“En el caso, no se declara probado que se prescribiera un tratamiento determinado por parte de un médico, recogándose exclusivamente que las menores recibieron terapia. En la fundamentación jurídica se hace referencia a la pericial de los psicólogos forenses y a otra pericial de otra psicóloga que las trató.

Pero no hay referencia alguna a que, en algún momento, un médico prescribiera un tratamiento o sostuviera desde la posición del perito que, dadas las lesiones apreciables, un concreto tratamiento era necesario para la sanidad. Tampoco es posible, sin acudir a una prueba pericial médica, deducir incontestablemente, de los datos objetivos relativos a las lesiones, esa necesidad⁷⁵”.

Por lo tanto, podemos observar que no tiene en cuenta el interés superior del menor, ya que “la sentencia está ayuna de cualquier referencia a la protección del interés superior del menor. De esas niñas de 2 y 4 años que vivieron el espantoso crimen y sus innegables y lógicas secuelas psíquicas se olvida la Sala 2ª TS, bajo formalismos sobre el tratamiento médico en este caso claramente rechazables⁷⁶”.

De igual forma, de la STSJ de Galicia 110/2022, de 16 de noviembre⁷⁷ podemos deducir que tampoco se tiene en cuenta el interés superior del menor. Esta sentencia surge al recurrir la madre la sentencia en la que se desestima una solicitud de suspensión del régimen de visitas del hijo común con su padre, después de que su hijo la explicara que su padre abusa de él. La madre no consigue dicho resultado. Por ello, la madre recurre la absolución del padre respecto a la denegación de la

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ DOLZ LAGO, M.J., *La perspectiva de la protección del interés superior* [...], *op. cit.*

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil/ Penal de A Coruña, 110/2022, de 16 de noviembre. Disponible en https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2/delito+de+lesiones+ps%C3%ADquicas+menores+absuelto/by_date/WW/vid/916632163 [Fecha de consulta 20 de diciembre de 2022]

suspensión del régimen de visitas, al considerar que la prueba ha sido indebidamente denegada y que existe una errónea valoración de la prueba.

La respuesta del tribunal se basa en que no puede condenarse al absuelto cuando lo que se alega es error en la apreciación de las pruebas, salvo si se “justifica la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada⁷⁸” y, además dispone:

“En consecuencia, con independencia de la eventual pertinencia, en este momento procesal no se colman las exigencias de relevancia y necesidad. No se comparte el criterio de que el sentido de la decisión pudiese ser modificado. No puede obviarse que la propia justificación de las nuevas pruebas se construye sobre una modificación ampliatoria del relato, no sobre unos hechos posteriores, y tal modificación debilita uno de los parámetros o criterios para la valoración de la credibilidad, y todo ello sin olvidar que, en definitiva, el objeto de la pericia, sin menoscabar en absoluto su entidad, se proyecta sobre un aspecto valorativo que corresponde al tribunal que puede y debe efectuarlo con la prueba practicada”.

Así, el tribunal no está teniendo en cuenta el interés superior del menor, el cual, tal y como hemos explicado anteriormente, es una consideración primordial al ser los menores unos sujetos más vulnerables. Es decir, es un caso en el cual se tendría que haber podido dar, de alguna manera, una oportunidad más para poder demostrar, o no, si lo que el menor comentó a su madre era cierto, pues nos encontramos ante un testimonio grave, que, de ser así, podría perjudicar al menor a lo largo de su vida dejándole secuelas psíquicas nada favorables para él.

No obstante, considero que, el poco afianzamiento del que se habla en dicho artículo no es del todo cierto. Tras una búsqueda de sentencias, en las que se puede ver cómo se tiene en cuenta el interés superior del menor, entiendo que el

⁷⁸ BOE-A-1882-6036 *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponible en <[https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)> [Fecha de consulta 21 de diciembre de 2022] Artículo 790.2.

afianzamiento de la protección de dicho interés en la jurisprudencia existe, aunque su presencia no sea tan notable y utilizada como convendría.

Un ejemplo donde se tiene en cuenta el interés superior del menor, lo encontramos en la SAP de Navarra 1448/2022, de 21 de noviembre⁷⁹, en la que se solventa un caso en el que la madre solicitaba que los menores no continuaran viendo a su padre, y el padre solicitaba la comunicación con los hijos en vacaciones y fechas especiales.

Teniendo en cuenta el interés superior del menor, se desestimaron las peticiones y se mantuvo lo dictado anteriormente, es decir, la patria potestad conjunta, la guarda y custodia para la madre, que el padre pueda estar con los menores una vez a la semana en un punto de encuentro familiar supervisado, la misma pensión de alimentos ya fijada y que el uso del domicilio sea para la madre y los menores.

Y en la SAP de Aragón (sede de Huesca) 411/2022, de 21 de octubre, donde la madre “solicitó el cese de la tutela administrativa de la menor y el reintegro a ella en sus plenas potestades respecto de su hija o, subsidiariamente, que se acuerde la improcedencia del cese del acogimiento familiar temporal y la procedencia de revocar la delegación de la guarda con fines de adopción y se acuerde la reanudación inmediata de visitas entre la madre biológica y la menor”⁸⁰.

Sin embargo, teniendo en cuenta el interés superior de la menor esto no fue concedido y la misma continuó con la familia de acogida sin tener contacto con su familia de origen, ya que la familia de acogida la trata como corresponde, además de tener una buena previsión contra las dudas e incertidumbres que se dan respecto a su madre biológica.⁸¹

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sede de Pamplona), 1448/2022, de 21 de noviembre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/35e9d69f52c3cf4aa0a8778d75e36f0d/20230125> [Fecha de consulta 26 de febrero de 2023]

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Aragón (sede de Huesca), 411/2022, de 21 de octubre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1581325f1b9eb34ba0a8778d75e36f0d/20221209> [Fecha de consulta 26 de febrero de 2023]

⁸¹ Otros ejemplos que podemos observar son: Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, 1504/2022, de 15 de noviembre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a5e5ab3805304448a0a8778d75e36f0d/20221222> [Fecha de consulta 26 de febrero de 2023]; y

IV. Aspectos más relevantes de la Ley

En este apartado trataremos los aspectos más relevantes de la LOPIVI, así como sus tres notas características a destacar⁸²:

- a) La importancia que otorga a la **prevención** como instrumento para erradicar toda forma de violencia en la infancia y en la adolescencia.
- b) La regulación de la **formación especializada** de los profesionales en contacto con menores víctimas de violencia.
- c) La especial atención que otorga a la situación de **vulnerabilidad de la víctima** y a la necesidad de evitar la victimización secundaria.

Respecto a la prevención, es un concepto que se introduce en la ley ya desde el preámbulo, en el cual se menciona que “para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes [...] es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la **prevención** de toda forma de violencia”.

De este modo, las Administraciones públicas deben de realizar planes y programas de prevención para eliminar la violencia sobre los menores (art. 23 LOPIVI), así como campañas de sensibilización “destinadas a concienciar a la sociedad acerca del derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir un buen trato” (art. 22 LOPIVI). También tienen que establecer medidas para impedir la radicalización en los menores (art. 24 LOPIVI) y de detección precoz de situaciones de violencia sobre un menor (art. 25 LOPIVI).

Además, la Administración General del Estado tiene que elaborar una estrategia para eliminar la violencia sobre los menores, dando mayor importancia a los ámbitos familiares, educativos, sanitarios, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 21 LOPIVI).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castilla y León (sede de Salamanca), 842/2022, de 28 de octubre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/32811723f363fe39a0a8778d75e36f0d/20221216> [Fecha de consulta 26 de febrero de 2023]

⁸² AZAGRA MALO, J., ADELL TRONCHO, B., *Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia en Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 57, septiembre-diciembre 2021, pp. 171 y ss.

En cuanto a la especialización de los profesionales que tienen contacto con los menores, tienen que ser personas que no tengan antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos (art. 57.3 LOPIVI), así como que no tengan sentencia alguna que les condene por un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Para ello, se debe obtener un certificado en dicho Registro que acredite que dicho profesional no tiene antecedentes ni sentencias condenatorias por delitos contra menores. Sin embargo, aquellos antecedentes que se encuentren cancelados no se tienen en consideración (art. 60. 1 LOPIVI).

No obstante, la LOPIVI reconoce que, además de los profesionales, los juzgados y tribunales también se encuentran en contacto con los menores, por lo que incluye una disposición final vigésima que, tal y como se establece en el preámbulo, “contempla un mandato al Gobierno para la elaboración de dos proyectos de ley con el fin de establecer la especialización de la jurisdicción penal y civil, así como del Ministerio Fiscal”. Además, la disposición final vigésima dispone que “se regulará en idéntico plazo la composición y funcionamiento de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia, y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley”.

Esta disposición final tiene como objetivo la creación de Juzgados que se encuentren especializados contra la violencia que sufren los menores, es decir, la creación de los denominados Juzgados de Violencia contra la Infancia. Así, el 1 de octubre del 2021 tuvo lugar la apertura del primer Juzgado de Violencia contra la Infancia en las Palmas de Gran Canaria⁸³.

La especialización que incluye la LOPIVI respecto a los profesionales que tienen contacto con los menores es fundamental, ya que, a día de hoy, no tienen mucha idea de cómo actuar ante las posibles situaciones de violencia que puedan producirse. Tanto es así que, por ejemplo, en los centros educativos, los casos de bullying en su mayoría son ignorados, no se detectan cuando van a empezar o acaban de empezar,

⁸³ C.G.P.J - *Archivo de notas de prensa*. (2021, 28 septiembre) Consejo General del Poder Judicial. <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Abre-en-Canarias-el-primer-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-de-Espana>> [Fecha de consulta 5 de noviembre de 2022]

o no se tratan con la suficiente importancia del problema que es. Por lo tanto, incluir una formación de especialización ayuda a que los profesionales puedan tener mayor idea de cómo actuar en estos casos.

Para finalizar con las características, hablaremos de la situación de vulnerabilidad de la víctima y la necesidad de evitar la victimización secundaria.

Los menores son sujetos que se encuentran en situación vulnerable respecto al resto, pues no pueden defenderse igual que un adulto, al no tener la misma capacidad ni poder abarcar los mismos recursos. De igual modo, hay que mencionar que existe un grupo cuya vulnerabilidad es aún más destacable, los discapacitados.

De este modo, la LOPIVI destaca lo importante que es evitar la victimización secundaria del menor⁸⁴, teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad⁸⁵.

Así, la LOPIVI introduce la modificación de la prueba preconstituida, la cual, es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria. De este modo, tal y como se establece en el preámbulo de la LOPIVI:

“Atendiendo a su especial vulnerabilidad se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario.

Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables”.

⁸⁴ La victimización secundaria se refiere a los efectos negativos que el proceso judicial puede causar.

⁸⁵ AZAGRA MALO, J., ADELL TRONCHO, B., *Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral [...], op. cit.*, p. 174.

No obstante, de la prueba preconstituida hablaremos más adelante en el apartado de modificaciones que realiza la LOPIVI en diversas leyes.

A continuación, hablaremos de los aspectos más relevantes que incluye esta nueva ley comenzando por la introducción del concepto “**protección integral**”.

El art. 39.2 CE establece que “los poderes públicos aseguran, asimismo, la **protección integral** de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

La protección integral, según venimos estableciendo durante el presente trabajo, se puede entender como aquella acción que se realiza para impedir que un sujeto reciba daño alguno teniendo en cuenta todos los aspectos necesarios para proporcionar una protección completa. Es decir, tiene que existir una protección previa al suceso, no pudiendo centrarse únicamente en las soluciones una vez sufrido el daño.

Así, la LOPIVI “otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil”. Además, establece “medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima, que encuentran su inspiración en los modelos integrales de atención identificados como buenas prácticas a la hora de evitar la victimización secundaria”⁸⁶.

De igual modo, esta ley con la integralidad también establece la necesidad de que los menores tengan derecho a una igualdad de oportunidades y los mismos derechos sin discriminación alguna⁸⁷.

La integralidad se refiere a las medidas que tienen que ser adoptadas para garantizar el derecho del niño a la protección, por lo que, teniendo en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen que ser todas las medidas necesarias que aseguren su protección, tal y como dispone su art. 2 “los Estados Partes tomarán **todas las medidas** apropiadas para **garantizar que el niño se vea protegido** contra

⁸⁶ BOE-A-2021-9347 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, cit.*

⁸⁷ *Idem.*

toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”⁸⁸.

De poco sirve proteger siempre al menor una vez producido el daño, sobre todo cuando el daño es irreparable, con cualquier tipo de sanción. Por ello, afrontar la protección del menor desde una forma integral es lo más acertado, lo cual, debería de haberse llevado a cabo hace mucho tiempo, para poder garantizar al menor una protección efectiva que impida que sufra algún tipo de violencia.

Por otro lado, también tenemos como aspectos más relevantes de la LOPIVI el interés superior del menor (del que ya hemos hablado anteriormente), el derecho a ser escuchado y que los menores no sean objeto de ningún tipo de violencia, definiendo así la misma en su art. 2 como:

“toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”⁸⁹.

⁸⁸ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577. Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html> [Fecha de consulta 20 de enero de 2023]

⁸⁹ BOE-A-2021-9347 *Ley 8/2021, de 4 de junio [...], op. cit.*

No obstante, la LOPIVI no se limita solo a establecer preceptos para eliminar la violencia sobre los menores, sino que introduce el buen trato y el entorno seguro definiendo el primero como:

“aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes”⁹⁰.

Y, según el art. 3. m) LOPIVI: “Se entenderá como entorno seguro aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital”.

Esto se debe a que, para poder prevenir, actuar y eliminar la violencia es necesario que exista un entorno seguro y un buen trato.

Sin embargo, es importante mencionar que los menores no sean objeto de ningún tipo de violencia ya venía recogido en la Convención de los Derechos del Niño⁹¹ y también en la Observación General número 13 de 2011: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de la que es importante destacar lo siguiente⁹²:

1.- La crianza de los menores en un entorno sin violencia da lugar a que éstos crezcan siendo menos propensos a actuar de manera violenta.

2.- La violencia pone en riesgo la supervivencia de los menores, así como su desarrollo, ya que la misma puede dar lugar a lesiones mortales y no mortales, como, por ejemplo, problemas de salud física y mental, consecuencias psicológicas y emocionales y comportamientos perjudiciales para la salud.

⁹⁰ Artículo 1.3 de la *Ley 8/2021, de 4 de junio* [...], *op. cit.*

⁹¹ Artículo 19 “1. Los Estados Partes adoptarán 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, incluido el abuso sexual**, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

⁹² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 abril 2011, CRC/C/GC/13. Disponible en <<https://www.refworld.org/es/docid/4e6da4d32.html>> [Fecha de consulta 18 de noviembre de 2022]

3.- Experimentar violencia en la infancia aumenta el riesgo de que el menor sea objeto de una victimización posterior, así como que acumule experiencias violentas y tenga comportamientos violentos con su pareja, amigos, familiares e incluso con desconocidos en etapas posteriores.

4.- Los entornos en los que los niños pueden sufrir violencia son: el hogar y la familia, la escuela, los sistemas de protección y de justicia (como comisarías de policía o instituciones judiciales) y la comunidad⁹³.

5.- Para eliminar la violencia, se debe de comenzar por su prevención. Las medidas de prevención son, entre otras: combatir las actitudes que perpetúan la tolerancia y la aceptación de la violencia en todas sus formas; difundir información sobre la Convención respecto de la protección del niño; concertar alianzas con todos los sectores de la sociedad; ayudar a los menores a protegerse informándoles de sus derechos; dar apoyo a los padres o a los encargados de cuidar a los menores para que den una buena crianza a los mismos; y elaborar y aplicar servicios de carácter comunitario para poder prevenir la violencia en aquellos sitios en los que se cuide a los menores y en las instancias judiciales.

6.- La cooperación transfronteriza regional e internacional es importante para tratar aquellas cuestiones sobre la protección de los niños que trascienden las fronteras nacionales al existir riesgo para los niños al poder sufrir explotación laboral o sexual, adopción, extirpación de órganos u otros fines.

En este punto, hay que hacer una breve mención a la violencia vicaria, ya que los menores se encuentran afectados por la misma de forma indirecta al tratarse de una violencia “contra la madre que se ejerce sobre las hijas e hijos con intención de dañarla interpósita persona⁹⁴”. Es decir, es aquella violencia en la que se causa un

⁹³ Ver PINHEIRO, P.S., *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas* (Ginebra, 2006), p. 7. Disponible en https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf [Fecha de consulta 19 de noviembre de 2022]

⁹⁴ VACCARO, S., *Violencia Vicaria: un golpe irreversible contra las madres. Informe sobre el análisis de los datos de caso de violencia vicaria extrema*, 2021, Asociación de Mujeres Psicología Feminista, Junta de Andalucía, p. 11. Disponible en <https://www.soniavaccaro.com/post/violencia-vicaria-un-golpe-irreversible-contra-las-madres> [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2022]

daño, normalmente irreparable para el menor al tratarse de su asesinato, para dañar a uno de sus progenitores.

Este tipo de violencia suele aparecer en aquellos casos en los que las parejas se encuentran separadas o divorciadas y, se lleva a cabo, normalmente, en un régimen de visitas.

Ejemplo de ello lo encontramos en la SAP de A Coruña, 484/2018, de 16 de octubre, la cual, en su relación de hechos probados recoge:

“En cumplimiento del **régimen de visitas** estipulado, José Carlos recogió a su hijo [...] para pasar con él el fin de semana del 5 al 7 de mayo de 2017. El domingo día 7 José Carlos, **con la intención de causar el mayor sufrimiento psíquico posible a su ex mujer** decidió **acabar con la vida de su hijo**, para lo cual se dirigió en horas de la tarde en compañía de Estanislao en su vehículo [...] y en una pista forestal alejada de las casas asestó al niño con una pala de obra que llevaba con esa finalidad, varios golpes en la cabeza de tal intensidad que le provocaron heridas determinantes de la muerte; entre el encausado y su hijo había tal diferencia de edad, complexión física y del modo que lo mató (varios golpes en la zona cráneo facial con una pala de obra), que **lo hizo en unas condiciones que aseguraban su muerte sin peligro alguno para su integridad física que pudiese provenir de una reacción defensiva por parte del menor⁹⁵**”.

A este caso, se le suman muchos otros, como, por ejemplo, el caso de José Bretón, que podemos observar en la SAP de Córdoba 732/2013, de 22 de julio⁹⁶. En este caso, la mujer comunicó a su marido su deseo de finalizar el matrimonio e irse a Huelva a vivir con sus dos hijos (fruto del matrimonio), pero él no lo aceptó pacíficamente y preparó un plan para acabar con la vida de los pequeños y así hacer daño a su exmujer.

El plan lo llevó a cabo en octubre, llevándose a los pequeños a una finca en Córdoba donde, en el trayecto o al llegar a la finca, les suministró tranquilizantes y

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/743524893>> [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2022]

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 732/2013, de 22 de julio. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b7eb14844ec88ed/20130723>> También vista en <<https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2013/07/22/breton.pdf>> [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2022]

posteriormente los quemó. Después, hizo creer a su familia que los menores habían desaparecido y empezaron a buscarlos, además, acudió a poner una denuncia a la policía. Finalmente, encontraron restos de los menores y se condenó a José Bretón como autor de los asesinatos de sus hijos.

Otro caso que podemos encontrar, más reciente, es el de Tomás Gimeno quien tuvo una relación con Beatriz Zimmermann hasta 2020 y de la que tuvieron dos hijas, Anna y Olivia. Ambos se separaron y Beatriz rehízo su vida, algo que a Tomás no le sentó bien y empezó a manifestar expresiones vejatorias y ofensivas hacia ella.

Un día, Tomás recogió a las niñas de casa de Beatriz y nunca más volvieron, ya que las mató y después procedió a arrojarlas al mar. Antes de eso llamo a sus familiares, amigos e incluso a su expareja, a la cual la comunicó que “no volvería a ver a las niñas ni a él tampoco”⁹⁷. A día de hoy de los 3 cuerpos solo se ha encontrado el de Olivia dentro de una bolsa de deporte a mil metros de profundidad del mar⁹⁸.

Hay muchos más casos de menores asesinados con el fin de dañar a la madre, tanto dentro como fuera de España. Como el de diciembre de 2005 cuando en Chile un padre asesinó a su hija tras presentar la madre una denuncia en su contra; o en 2006 en México, cuando un padre mató a sus hijos declarando hacerlo para hacer daño a su pareja; o en Colombia en diciembre de 2020, cuando un padre asesinó a su hija por venganza contra la madre de la niña⁹⁹.

Desde 2013 se recogen los datos de los menores asesinados y, hasta el 4 de abril de 2022, 47 fueron los asesinados con la finalidad de dañar a la madre¹⁰⁰. Sin embargo, teniendo en cuenta las fichas de menores víctimas mortales¹⁰¹ que

⁹⁷ Archivado el caso de las niñas Anna y Olivia, asesinadas por su padre en Tenerife (15 de marzo 2022). Canarias Ahora. Disponible en https://www.eldiario.es/canariasahora/tenerifeahora/tribunales/archivado-caso-ninas-anna-olivia-asesinadas-padre-tenerife_1_8832386.html [Fecha de consulta el 26 de noviembre de 2022]

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ GONZÁLEZ, C., *Cuando la violencia machista va más allá de tu persona: la pesadilla española*. Asociación para las Naciones Unidas en España, 2021, pp. 3 y 4. Disponible en <https://anue.org/wp-content/uploads/2021/06/Violencia-vicaria.-Articulo-completo.pdf> [Fecha de consulta el 26 de noviembre de 2022]

¹⁰⁰ Menores asesinados por violencia vicaria: de 42 víctimas, en 12 casos había denuncia previa. Disponible en <https://www.newtral.es/menores-asesinados-violencia-vicaria-denuncia-previa/20220405/> [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2022]

¹⁰¹ Fichas de menores víctimas mortales <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimiasMortales/fichaMenores/home.htm> [Fecha de consulta 7 de marzo de 2023]

podemos encontrar en el Ministerio de Igualdad, a 23 de enero de 2023, las víctimas aumentan a 49 menores asesinados.



Fuente: Elaboración propia con base en las fichas de menores víctimas mortales de 2013 a 2023 del Ministerio de Igualdad.

Atendiendo a todo lo expuesto, podemos observar cómo los menores también se encuentran desprotegidos en cuanto a sus propios progenitores. Así, la LOPIVI intenta dar y reforzar la protección de los mismos en estos casos, para ello, realiza modificaciones en otras normas, las cuales se analizarán más adelante en su correspondiente apartado.

En cuanto al derecho de ser escuchado del menor, ya venía cobrando importancia antes de esta Ley, en la Observación General número 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado de 2009, por la cual, se dispone que el fundamento del derecho del menor a ser escuchado a nivel internacional se encuentra en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰².

El derecho del menor a ser escuchado se da en todo proceso administrativo, judicial o de mediación que concierne al mismo, teniéndose en cuenta su opinión según la edad y madurez donde, para que el menor pueda opinar sobre el asunto, es necesario que éste reciba la información necesaria y adecuada.

¹⁰² "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Es un derecho que se puede utilizar tanto en los casos iniciados por el niño como en aquellos que son iniciados por otra persona cuando afecten al menor, teniendo en cuenta que no es un derecho obligatorio, sino opcional y, por lo tanto, habrá ocasiones en las que no se haga uso del mismo. Cuando el menor decida ser escuchado, tendrá que decidir la manera en la cual va a ser escuchado, es decir, por él mismo o a través de un representante¹⁰³.

Los Estados partes son los encargados de adoptar todas las medidas necesarias para que este derecho sea respetado. El Comité destaca que¹⁰⁴:

1.- El menor no tiene por qué utilizar este derecho mediante el habla, sino que puede comunicar su opinión a través de formas no verbales como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura.

2.- No es necesario que el menor tenga conocimiento de absolutamente todo el asunto que le concierne, simplemente necesita conocer lo justo y necesario para poder formar un juicio propio sobre el asunto.

3.- Los Estados partes están obligados a garantizar este derecho a todos los niños, sin hacer distinción alguna por las circunstancias de cada uno e independientemente de su discapacidad, y para ello deben existir métodos de comunicación que faciliten la utilización del derecho para estos menores.

4.- Es un derecho que tiene que utilizarse con cautela, para evitar que se dé lugar a una victimización secundaria (como ya hemos explicado anteriormente).

Así, tras la aprobación de la LOPIVI se han dado casos, como, por ejemplo, el del Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede de Mérida) 9/2022, de 14 de enero¹⁰⁵, por el que se estima un recurso de apelación formulado al no haberse escuchado a la menor perjudicada teniendo en cuenta el art. 11 de esta Ley; o el de

¹⁰³ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, 20 Julio 2009, CRC/C/GC/12. Disponible en <<https://www.refworld.org/es/docid/4ae562dc2.html>> [Fecha de consulta 5 de noviembre de 2022]

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede de Mérida) 9/2022, de 14 de enero. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9874734/delitos%20contra%20la%20salud%20y%20la%20integridad%20corporal/20220228>> [Fecha de consulta 8 de enero de 2023]

la STS 3299/2021, de 27 de julio¹⁰⁶, en la que se dice que, “en definitiva, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, se haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y escuchados sobre su guarda y custodia”.

Esto se debe a que, tal y como establecen diversas sentencias, y como reitera la STS 87/2022, de 2 de febrero¹⁰⁷, “solo cabe denegarlo de forma motivada bien por no resultar necesario al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés”, pero el derecho del menor a ser escuchado tiene que tenerse en cuenta en el resto de los casos.

Así, que tras la LOPIVI existan procesos en los que se admitan recursos porque no se había escuchado al menor, es un avance para su protección, dado que ello da lugar a que se les tenga en consideración en los procesos que les conciernen y que se tenga presente su opinión para poder llegar a una conclusión.

De igual forma, existen cinco medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado¹⁰⁸:

En cuanto a la preparación y a la audiencia, los menores tienen que estar informados del derecho y de los efectos que puedan causar sus opiniones, además de percibir confianza de que se va a tener en cuenta lo que digan.

La evaluación de la capacidad del niño es aquella medida por la que se establece el tener en cuenta lo que diga el menor, siempre y cuando, éste se encuentre en condición de “formarse un juicio propio de manera razonable e independiente”.

Además, deben comunicarse al menor los resultados del proceso y como fueron tenidas en cuenta sus opiniones. Esto se realiza a través de la medida de información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3299/2021, de 27 de julio. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/43b1bc3dd1b06af9/20210920>> [Fecha de consulta 2 de febrero de 2023]

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 87/2022, de 2 de febrero. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf66e2ceae25c8dda0a8778d75e36f0d/20221005>> [Fecha de consulta 2 de febrero de 2023]

¹⁰⁸ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 12 (2009), *op. cit.*

Finalmente, la quinta medida son las quejas, vías de recurso y desagravio. Es decir, los menores tienen que tener mecanismos de denuncia y vías de recurso que puedan utilizar cuando su derecho a ser escuchados se viole o no se tenga en cuenta.

Asimismo, existen unas condiciones que deben darse en todos los procesos en que se utilice este derecho. Así, los procesos tienen que ser¹⁰⁹:

- transparentes e informativos, debiendo proporcionar a los menores información completa y accesible, teniendo en cuenta su edad para dar dicha información;
- voluntarios, ya que un menor no puede ser obligado a decir su opinión;
- respetuosos con las opiniones de los menores, dando ocasión a que los menores inicien ideas y actividades;
- pertinentes, al tener las opiniones de los menores “pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidades¹¹⁰”;
- adaptados a los niños, es decir, a su capacidad, teniendo que dar tiempo y recursos apropiados para que los menores se preparen para expresar su opinión;
- incluyentes, donde exista igualdad de oportunidades y no discriminación;
- apoyados en la formación, es decir, procesos en los que exista una preparación, conocimientos y apoyo para los mayores que les facilite su participación;
- seguros y atentos al riesgo, al poder causar riesgos las opiniones de los menores, los adultos tienen que ser precavidos y previsores para poder reducir el riesgo de que éstos sufran consecuencias negativas, como, por ejemplo, violencia;
- y responsables, para que los menores tengan respuesta sobre la manera en que su opinión ha influido en el resultado.

La LOPIVI tiene como fin “reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria¹¹¹”.

Así, teniendo en cuenta el art. 11.1 de la LOPIVI:

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Artículo 3. e) de la *Ley 8/2021, de 4 de junio [...], cit.*

“Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior”.

Para ello, se tendrá que garantizar la oportuna preparación y especialización de profesionales, los métodos y sitios en los que asegurar la obtención de testimonios de las víctimas. Igualmente, los poderes públicos tendrán que tomar medidas para que no se tengan en cuenta aquellas cuestiones sin aval científico que vengan de una manipulación o interferencia adulta.

Un ejemplo de que tiene que escucharse y no solo oírse al menor para su interés lo encontramos en el Auto del Tribunal Supremo 3176/2022, de 2 de noviembre¹¹². En dicho Auto se resuelve un caso en el que la madre del menor solicita que se retiren las visitas del menor con su padre, pues éste no ha cumplido con los deberes paternos (ni afectivos ni económicos) y se entiende que mantener las visitas no sería lo más apropiado para el interés superior del menor. No obstante, estas visitas se consienten al tener en cuenta la opinión del menor, quien desea continuar teniendo relación con su padre, tal y como se establece en el FD 2º:

“primero, que **concurren los requisitos que justifican la privación de la patria potestad y la supresión del régimen de visitas**, pues el padre no ha cumplido con los deberes inherentes a la patria potestad; segundo, no obstante lo anterior, **el tercer hijo del matrimonio**, nacido en [...] 2010, **expresó su voluntad de mantener la relación con su padre** y que se siente bien tratado por él, por lo que atendidas las circunstancias concurrentes, no se considera beneficioso para el menor el mantener un régimen de visitas ordinarios, pero **teniendo en cuenta su deseo** de no perder la vinculación, **dada la edad del menor**, se debe de intentar que este no pierda esa mínima vinculación con él; y tercero, en consecuencia, se establece un régimen de visitas tutelado en el Punto de

¹¹² Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3176/2022, de 2 de noviembre. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2/interes+superior+del+menor/by+date/p3/WW/vid/914679810> [Fecha de consulta 23 de noviembre de 2022]

Encuentro Familiar, como subiere el informe pericial, que podrá ampliarse o dejarse sin efecto en función de la evolución de las visitas”.

Además, en la LOPIVI se incluyen mejoras como la posibilidad de que un menor denuncie sin estar acompañado por su tutor; reforzar los mecanismos de denuncia en centros de protección; o dar más importancia a la opinión del menor, de manera que, si es contraria a la de su tutor, se entienda que hay un conflicto de intereses y, por lo tanto, se nombre a un Defensor judicial que defienda sus intereses.

Finalmente, hay que destacar la obligación de denuncia por parte de la ciudadanía. El art. 15 de la LOPIVI dispone que

“Toda persona que advierta indicios de una situación de violencia ejercida sobre una persona menor de edad, está obligada a comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise”.

Ello se debe a que “quien maltrata se aprovecha del silencio del menor víctima, porque saben que ellos no denuncian y pueden perpetuar el maltrato que acabe un día con la vida de los menores¹¹³”.

De igual modo, es de destacar que el deber de comunicación del art. 15 LOPIVI “es exigible a las personas que, por su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de niños, niñas o adolescentes y, en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia ejercida sobre los mismos¹¹⁴”, comunicándolo a los servicios sociales competentes. En este caso, si además se encuentra amenazada la salud o seguridad del menor, se tendrá que informar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y/o al Ministerio Fiscal¹¹⁵.

Hay que tener en cuenta que “según datos estadísticos del Observatorio de Violencia doméstica y de género del CGPJ un 10% de los procedimientos penales

¹¹³ MAGRO SERVET, V., *No matarás... a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria.*, Diario La Ley, nº 10194, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2022, LA LEY, p. 9. Disponible en <<https://acortar.link/VhcvSc>> [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2022]

¹¹⁴ Artículo 16 de la Ley 8/2021, de 4 de junio [...], cit.

¹¹⁵ *Idem.*

incoados por hechos de violencia de género dimanen de esta detección sanitaria¹¹⁶” y ello se debe a que en ocasiones el progenitor que maltrata a sus hijos “lo lleva al centro de salud simulando caídas o accidentes, pero el profesional detecta de inmediato la agresión, e, incluso, puede alertar a las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para proceder a la inmediata detención en el caso de hechos graves que exijan una intervención inmediata policial¹¹⁷”.

Igual ocurre con los profesores, quienes teniendo en cuenta los protocolos de detección de la violencia “están en condiciones de detectar el maltrato a menores en los hogares por las reacciones de estos en clase, bien por sus expresiones, conductas, actitudes, y cuando son pequeños por sus dibujos en donde expresan el «infierno» en el que viven al plasmarlo de forma inconsciente en los mismos¹¹⁸”.

También los menores podrán comunicar situaciones de violencia, por ello, las administraciones públicas deberán tener mecanismos seguros, confidenciales, y accesibles, de comunicación para los menores, así como que garanticen la existencia de tales mecanismos (con líneas telefónicas gratuitas de ayuda a los menores, por ejemplo)¹¹⁹. Esta posibilidad tendrá que ser informada a los menores por los centros educativos y establecimientos residenciales en los que vivan menores¹²⁰.

Finalmente, se establece el deber de comunicación por cualquier persona (física o jurídica) de aquellos contenidos ilícitos que puedan existir en internet que constituyan violencia para cualquier menor. Si el contenido puede ser constitutivo de un delito, se tendrá que informar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial. Además, las Administraciones públicas tienen que garantizar la existencia de medios seguros y accesibles para denunciar estos contenidos¹²¹.

¹¹⁶ MAGRO SERVET, V., *No matarás...*, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ Artículo 17 de la *Ley 8/2021, de 4 de junio [...]*, *cit.*

¹²⁰ Artículo 18 de la *Ley 8/2021, de 4 de junio [...]*, *cit.*

¹²¹ Artículo 19 de la *Ley 8/2021, de 4 de junio [...]*, *cit.*

V. Niveles y ámbitos de actuación

La LOPIVI tiene como otra novedad la introducción de los niveles y ámbitos de actuación donde se debe garantizar que el menor no sufra violencia y reciba buen trato.

Para comenzar, hablaremos sobre los niveles de actuación (sensibilización, prevención y detección precoz) mencionados en el apartado anterior, que se encuentran regulados en el Capítulo II de la LOPIVI en los arts. 22 a 25. Su finalidad es evitar la violencia contra los menores.

Para ello, es necesario que, a través del nivel de **sensibilización**, la sociedad tenga conocimiento sobre la realidad y las consecuencias que pueden llegar a producirse en los casos de violencia contra menores.

Por otro lado, la solución existente antes de la LOPIVI llegaba tarde, al centrarse en la reparación una vez producida la violencia contra el menor. Así, la **prevención** prioriza la atención de las víctimas y su reparación, para poder evitar la existencia de la violencia. Además, es necesario una especialización de quienes tienen contacto con los menores para conseguir una **detección precoz** de posibles situaciones de violencia.

Respecto a los ámbitos de actuación, se encuentran recogidos en los Capítulos III a X y en el Título IV, en los arts. 26 a 50 y 53 a 55.

En cuanto al **ámbito familiar**¹²², el art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño considera a los padres como primeros y principales responsables de los niños. Y, en su segundo apartado, dispone que los poderes públicos tienen que encargarse de que los padres lleven a cabo su responsabilidad de criar a sus hijos de la mejor manera posible.

La LOPIVI dispone planes y programas de prevención¹²³ cuyas medidas estarán enfocadas, por ejemplo, a: promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva [art. 26. 3. a) LOPIVI]; promover la educación y el

¹²² Regulado en los artículos 26 a 29 de la LOPIVI.

¹²³ Establecidos en el artículo 23 LOPIVI.

desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para adquirir valores y competencias emocionales [art. 26. 3. b) LOPIVI]; y programas dirigidos a eliminar el castigo con violencia (física o psicológica) en el ámbito familiar [art. 26. 3. f) LOPIVI]¹²⁴.

Así, la parentalidad positiva que se incluye en esta Ley al reformar el art. 49 del CP respecto a los trabajos en beneficio de la comunidad, ya había sido introducida en la STS 654/2019, de 8 de enero¹²⁵ en la que se “adopta el acuerdo unificador de criterios acerca de que **el ejercicio de la violencia**, cualquiera que esta sea, de progenitores a los hijos **no está amparada** en modo alguno en ninguna especie de **ejercicio de un «derecho de corrección»** que no está amparado jurídicamente¹²⁶”.

Además, no hay que olvidar que, en ocasiones, las rupturas de los progenitores dan lugar a que los menores sufran perjuicios por no comprender dicha separación o, incluso, porque uno de los progenitores no la asuma y termine acabando con la vida de sus hijos para hacer daño a su expareja, como ya ha sucedido y hemos visto en el apartado anterior (violencia vicaria).

Por ello, la LOPIVI introduce el art. 28, para que se actúe “con **previsibilidad** de que ésta sea una conducta posible que puede darse, y, en razón a la existencia de signos o rasgos de que pueda llevarse a cabo esta reacción, es necesario destacar las medidas de protección de los menores que deben ponerse en funcionamiento para evitar que estos sean el instrumento de causación de daño al otro progenitor¹²⁷”. Al igual que la introducción del art. 29, ya que “la violencia de género en el entorno familiar puede llegar a ser el detonante por el que el maltratador acabe con la vida de los menores¹²⁸”. Así, la introducción de estos artículos se debe a la necesidad de **actuar ex ante y prevenir**.

Hay que señalar que, en aquellos casos en los que el menor presencie, sufra o conviva con la violencia doméstica, “se suspende el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependa de

¹²⁴ Ver artículo 26.3 LOPIVI en el que se recogen todos los enfoques de las medidas.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 654/2019, de 8 de enero de 2020. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/839157654>> [Fecha de consulta 13 de enero de 2023]

¹²⁶ MAGRO SERVET, V., *No matarás...*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 11.

¹²⁸ *Idem*.

él¹²⁹”, cabiendo la posibilidad de que, en interés superior del menor, esta suspensión no se acuerde, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial¹³⁰”. La AAP de Cantabria (sede de Santander) 752/2022, de 23 de septiembre¹³¹, suspende el régimen de guarda y custodia, siendo un ejemplo de supuestos en los que el menor presencia, sufra o conviva con violencia doméstica.

El **ámbito educativo**, regulado en los arts. 30 a 35 de la LOPIVI, también debe de ser un entorno seguro para el menor.

Por ello, debe existir un plan de convivencia que ha sido reforzado por la LOPIVI mediante la adquisición de habilidades, sensibilización y formación de la comunidad educativa, promover el buen trato y resolver conflictos de forma pacífica (art. 31). Además, también incluye la supervisión de la contratación (art. 32), la formación a los menores en materia de derechos, seguridad y responsabilidad digital (art. 33), la aplicación de protocolos de actuación (art. 34) y la implementación de la figura del coordinador/a de bienestar y protección (art. 35).

En este ámbito es importante mencionar la STS 495/2019, de 17 de octubre¹³², ya que habla de la eficiencia de los protocolos, la cual destaca:

“La detección de los abusos¹³³ y agresiones sexuales a menores por **protocolos eficaces** es una **herramienta necesaria** en la actualidad [...] donde los menores saben y son conscientes de que se victimizan porque sufren en los ataques sexuales. Pero el miedo a denunciar o contarlo en su entorno permite a los agresores aprovecharse del silencio del menor para persistir en su conducta.

¹²⁹ Artículo 544 ter. 7.3º del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (sede de Santander) 752/2022, de 23 de septiembre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1473593f318587cca0a8778d75e36f0d/20221214> > [Fecha de consulta 19 de enero de 2023]

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 495/2019 de 17 de octubre. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/820654853> > [Fecha de consulta 10 de enero de 2023]

¹³³ A día de hoy, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual “elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”.

El **protocolo de detección del abuso sexual**¹³⁴ es una herramienta sumamente **eficaz**, cuya mayor y mejor plasmación se verifica en los centros escolares, que es en donde los menores víctimas de delitos sexuales pueden contar en su intimidad a sus amigos la situación de la que están siendo víctimas, lo que en casa se niegan a contar por miedo o vergüenza. Y en este escenario los responsables de los centros escolares se encuentran en mayor disposición real de poder detectar el abuso sexual que en otro contexto personal o social”.

Además, conviene mencionar que, respecto al acoso escolar, también denominado *bullying*, lo que lesiona la integridad moral es la humillación continua, tal y como expone la SAP de Barcelona 812/2010, de 25 de octubre¹³⁵ “los acusados sometieron a dicho menor a **constante escarnio y vejaciones**, lanzándole papeles, zancadilleándole y dirigiéndole insultos, lo que desembocó en el abandono por el menor del centro escolar en el que cursaba sus estudios, siendo patente que dicha conducta (por su persistencia y por las consecuencias que produjo en el menor Teodoro) esta incardinada en el ámbito del tipo penal de los delitos contra la integridad moral”.

Así, a través de los protocolos, en el ámbito educativo se puede detectar si el menor sufre maltrato, acoso escolar o cualquier tipo de violencia, ya que existen protocolos y la LOPIVI, además, introduce los de actuación ante el abuso¹³⁶, maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio y autolesión, el cual deberá de iniciarse cuando se tengan indicios de violencia o cuando algún menor lo comunique¹³⁷.

¹³⁴ A día de hoy, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual “elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”.

¹³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 812/2010, de 25 de octubre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/Sentencia+de+la+Audiencia+Provincial+de+Barcelona+n%C3%BAmero+812%2F2010+de+25+de+octubre/WW/vid/373387430>> [Fecha de consulta 14 de enero de 2023]

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ MAGRO SERVET, V., *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la violencia sexual en el hogar*, Diario La Ley, nº 10142, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2022. Disponible en <<https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4487/ARTICULO%20DOCTRINAL.pdf>> [Fecha de consulta 20 de febrero de 2023]

Estos protocolos dan lugar a la posibilidad de tener un mayor conocimiento sobre la situación en la que se encuentran los menores, ya sea tanto en casa como en el centro, debido a su forma de actuar en la ejecución de los mismos¹³⁸.

Además, es importante destacar la noticia “*Alumnos hablan por la ‘vuelta al cole’: ‘Los profesores y el equipo directivo no suelen tomar muy en serio el bullying’*”, la cual recoge testimonios de alumnos, como, por ejemplo, los de Rebeca y Rocío, respectivamente, “nos podría ayudar para no sentirnos solos y solucionar los problemas de raíz y que no lleguen a más” y “estaría bien tener un coordinador de bienes para “acudir a alguien” y contarle los problemas o si necesitan ayuda con algún compañero o algún profesor”¹³⁹.

A la luz de esta noticia se puede observar cómo en los centros educativos, ámbitos en los que los menores pasan mucho tiempo, no hay una formación o especialización en el profesorado para que sepan o puedan deducir cuándo un menor está siendo víctima de algún tipo de violencia. Son varias las noticias de menores que se han suicidado o lo han intentado por sufrir bullying en el colegio, lugar en el que no han sido conscientes de lo que pasaba o de su gravedad hasta que el menor ha llegado a ese punto.

Así, la figura del coordinador de bienestar es muy favorable para los menores, siendo fundamental y necesaria su introducción para que los menores tengan un referente al que poder contarle las cosas o acudir en caso de necesitarlo, así como que la formación que tenga le permita conocer la gravedad del asunto y poder actuar al respecto.

De igual forma, la contratación de cualquier docente debe de cumplir con lo establecido en el art. 57 de la LOPIVI, así, la STSJ de Castilla y León 4941/2022, de 22 de septiembre¹⁴⁰ dispone que “de esta manera queda regulada en una Ley

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Alumnos hablan por la ‘vuelta al cole’: “Los profesores y el equipo directivo no suelen tomar muy en serio el bullying”., Agencia Europa Press, 10 de septiembre de 2022. Disponible en <<https://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-alumnos-hablan-vuelta-cole-profesores-equipo-directivo-no-suelen-tomar-muy-serio-bullying-20220910120252.html>> [Fecha de consulta 20 de febrero de 2023]

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Penal 4941/2022, de 22 de septiembre. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf66e2ceae25c8dda0a8778d75e36f0d/20221005>> [Fecha de consulta 12 de diciembre de 2023]

Orgánica la prohibición de cualquier ente público o privado de contratar a personas que tuvieran anotaciones en este registro y siempre que lo sea para profesiones que impliquen un contacto habitual con personas menores de edad”.

En suma, el ámbito educativo es sumamente importante, ya que es en el que el menor pasa más tiempo, junto al familiar. Este ámbito necesita muchos avances, pues actualmente siguen existiendo, muy a mi pesar, intentos de suicidio a causa del bullying que muchos menores sufren por parte de compañeros y donde los centros educativos, en su mayoría, no están preparados para prevenir ni para, una vez producido, tomar medidas.

Ejemplo de ello lo encontramos en una noticia¹⁴¹ en la que una madre cuenta cómo su hija sufría bullying en el centro educativo y cómo éste no le dio solución alguna, donde incluso el director le dijo que a su hija “la veía bien”. Posteriormente, la menor intentó suicidarse.

Esto no es un ejemplo aislado¹⁴², por lo que confío que con la LOPIVI se consiga que sí que lo sea e incluso que dejen de existir estas situaciones, puesto que será señal de que los avances se están logrando y, por ende, que existe una mayor protección para los menores. Asimismo, espero que la figura del coordinador/a de protección sirva realmente de gran ayuda para los menores y sea utilizada por ellos.

En el **ámbito deportivo y de ocio** también tendrá que existir un entorno seguro. Para ello, se tendrá que llevar a cabo la regulación y aplicación de protocolos de actuación por parte de las administraciones.

Igualmente, aquellas entidades que realizan actividades deportivas o de ocio tendrán que: designar a un delegado/a de protección¹⁴³; fomentar la participación de los menores; adoptar medidas contra la discriminación y violencia; reforzar las

¹⁴¹ SÁNCHEZ, G., *A los trece mi hija dejó un escrito de cuatro páginas antes de intentar suicidarse*. Elperiodicodeespana, 28 de febrero de 2023. Disponible en <https://www.epe.es/es/sucesos/20230228/hija-escrito-cuatro-paginas-suicidio-acoso-escolar-83864007?utm_source=indigital> [Fecha de consulta 28 de febrero de 2023]

¹⁴² Ver también, por ejemplo, GALAUP, L., *Condenado un colegio por no proteger a una alumna que sufría acoso racista: “Nos hemos sentido muy solas”*. elDiario.es, 28 de febrero de 2023. Disponible en <https://www.eldiario.es/sociedad/condenado-colegio-no-proteger-alumna-sufría-acoso-racista-hemos-sentido-solas_1_9992875.html> [Fecha de consulta 1 de marzo de 2023]

¹⁴³ Aquella persona a la que puedan acudir los menores para expresar las inquietudes tendrá que difundir y hacer cumplir el protocolo e iniciará las comunicaciones necesarias cuando exista una situación de violencia.

relaciones entre las organizaciones deportivas y los progenitores; y formar a los profesionales.

Los profesionales en este ámbito no deberán tener una certificación negativa del registro de delincuentes sexuales. Dicha obligación la encontramos mencionada en la STSJ de Castilla y León 4941/2022, de 22 de septiembre, que dispone la “prohibición de cualquier ente público o privado de contratar a personas que tuvieran anotaciones en este registro y siempre que lo sea para profesiones que impliquen un contacto habitual con personas menores de edad”.

Es asombroso que, en un ámbito en el que el menor acude a pasárselo bien, donde aprender a trabajar en equipo o tener una buena salud, muchas veces se convierte en un infierno para el mismo, ya que, en ocasiones, el adulto se beneficia de su autoridad para ejercer algún tipo de violencia sobre el menor.

Aunque los datos existentes por el momento son escasos e incompletos sobre este ámbito, nos encontramos con el proyecto europeo Child Abuse in Sport European Statistics (CASES)¹⁴⁴, el cual presenta los primeros datos.

Según CASES, el 75% de las personas entrevistadas sufrió algún tipo de violencia en el ámbito del deporte cuando eran menores, siendo un 82% quienes lo sufrieron fuera del mismo. Asimismo, “las experiencias más comunes sufridas por niñas, niños y adolescentes dentro del deporte fueron la violencia psicológica (65%), seguida por la violencia física (44%), la violencia sexual sin contacto (35%), la negligencia (37%) y la violencia sexual con contacto (20%)¹⁴⁵”.

En España, como podemos observar en la tabla incluida en el proyecto CASES, el 78% de los menores sufrieron algún tipo de violencia dentro del deporte y el 84%

¹⁴⁴ CASES: General Report. *The prevalence and characteristics of interpersonal violence against children (IVAC) inside and outside sport in six European countries*, Child Abuse in Sport European Statistics. Disponible en https://figshare.edgehill.ac.uk/articles/report/CASES_General_Report_The_prevalence_and_characteristics_of_interpersonal_violence_against_children_IVAC_inside_and_outside_sport_in_six_European_countries/17086616/1 [Fecha de consulta 20 de febrero de 2023]

¹⁴⁵ *Idem*, p. 13.

fuera del mismo¹⁴⁶, recibiendo un 75% de dicha violencia las chicas y un 81% los chicos¹⁴⁷.

Estos resultados muestran cómo la violencia en el ámbito deportivo está a la orden del día, por lo que los protocolos de actuación, la introducción de la figura del delegado/a de protección, así como la formación de los profesionales y el resto de las obligaciones que se establecen en el art. 48 de la LOPIVI, son necesarias, ya que, hasta el momento, no existía normativa que intente prevenir estas situaciones.

Por lo tanto, considero que la protección efectiva para los menores en este ámbito comienza ahora, si todos llevan a cabo lo estipulado en la normativa y se comienza a dar una buena formación a los profesionales, así como también a los menores para que puedan ser conscientes en cualquier momento de una situación de violencia y poder comunicarlo al delegado/a de protección.

No obstante, creo que aún queda mucho camino por recorrer y no va a ser inmediata la efectividad respecto a dicha protección, puesto que en muchas ocasiones tanto los profesionales, como los menores y sus progenitores, tienen la idea de que un deportista tiene que sacrificarse para obtener resultados favorables, dando lugar, en algunos casos, a posibles situaciones de violencia, como, por ejemplo, una exigencia desmesurada, no respetar el descanso del menor, no atender a sus capacidades, así como realizar menosprecios al mismo, entre otras.

En cuanto al **ámbito digital**¹⁴⁸, la LOPIVI dispone que las administraciones públicas deben de realizar campañas de sensibilización, educación y difusión, así como fomentar medidas de acompañamiento familiar. De igual forma, tendrán que poner a disposición de los menores, familiares y personal educador el servicio de línea de ayuda sobre el uso seguro y responsable de internet.

Hay que tener en cuenta que el entorno digital es una herramienta muy útil para todos, ya que ofrece diferentes medios para aprender, desarrollarse y entretenerse. Aunque, por otro lado, existen riesgos ante los cuales no todo el mundo tiene las

¹⁴⁶ *Idem*, p. 40.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 42.

¹⁴⁸ Regulado en los artículos 45 y 46 de la LOPIVI.

mismas capacidades de gestión. Así, el entorno digital se convierte en un ámbito que puede llegar a ser más peligroso para los menores de edad.

Es por ello por lo que, la violencia que puede llegar a realizarse a través de este ámbito es objeto de atención en la LOPIVI, encontrándonos en el art. 1 de la norma la definición de violencia en la que se incluye la violencia digital, así como la introducción del concepto de dato privado.

Respecto de éste, “no adquiere relevancia cualquier tipo de difusión de dato personal, sino únicamente la de aquéllos que afectan más especialmente a la intimidad de la persona y que se hacen públicos sin consentimiento de la misma [...] La Ley presta especial atención a la protección de la imagen de los menores, que se considera uno de los fines de la norma¹⁴⁹”.

Esto se debe a que, los hechos que pueden afectar a los menores en el ámbito digital son “los constitutivos de ataques contra su dignidad en relación con delitos contra la intimidad, el honor, la libertad y la indemnidad sexual, y también aquéllos que les pueden inducir, por su situación de especial vulnerabilidad, al suicidio y a acciones relativas a trastornos de la conducta alimentaria¹⁵⁰”. Sin embargo, que el menor no gestione bien el uso digital no es un criterio para culpabilizarle, ya que “quien comete el delito es quien difunde sin permiso una imagen íntima, y no quien, mediando engaño o voluntariamente, se prestó a su realización¹⁵¹”.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar en el ATS 7043/2022, de 7 de abril¹⁵², donde una menor no gestionó bien el uso digital. Así, la sentencia dispone:

“Por más que la imagen en la que se asienta la condena fuera obtenida y facilitada con la complicidad de la menor, pues **si se dio esta participación voluntaria fue precisamente por la actuación delictiva del recurrente** que, quebrantando el derecho a la indemnidad sexual de una menor de 16 años, así

¹⁴⁹ ANDREU MARTÍNEZ, B., *Aportaciones en materia de protección de datos de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Diario La Ley, p. 3.

¹⁵⁰ LLORIA GARCÍA, P., *La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código penal. Algunas consideraciones*, IgualdadES, nº6, enero-junio 2022 [Fecha de consulta 20 de enero de 2023]

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 7043/2022, de 7 de abril. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a239b673afac7aea/20220516>> [Fecha de consulta 20 de enero de 2023]

como el adecuado respeto del derecho a su propia imagen **en un periodo de su formación en el que no se perciben con claridad los perjuicios que pueden derivarse de la circulación incontrolada de determinado material sexual que le hace referencia**, impulsó a Sonsoles a realizarse la fotografía sexualmente explícita y le requirió para que se hiciera más en reiteradas ocasiones”.

De la misma forma, otro ejemplo del mal uso del entorno digital, así como del cuidado por los mayores respecto a este ámbito, lo encontramos en la SAP de Vizcaya 24/2019, de 25 de enero¹⁵³. En los hechos probados de dicha sentencia se refiere a que, en un centro escolar, unas menores grabaron a otra en los vestuarios, tras la clase de gimnasia, en la ducha, difundiéndolo posteriormente y causando a la víctima malestar psicológico intenso.

A consecuencia de ello, quedó claro que el control del uso de los móviles es negligente y descuidado por parte del centro educativo, ya que sucedió en horas lectivas en las que es el centro escolar es quien tiene que controlar su uso, centro que posteriormente contrató a una docente para que se encargara de requerir los móviles de los menores y controlar el interior de los vestuarios¹⁵⁴.

En definitiva, el entorno digital para los menores muchas veces supone más efectos negativos que positivos, como pasar un buen rato y charlar con compañeros y amigos, ya que las redes sociales muestran contenidos lejos de la realidad.

Hoy en día, los denominados “*influencers*” muestran vidas idílicas inalcanzables, dando lugar a un impacto negativo en los menores respecto a su autoestima e imagen corporal. Esto se debe a que vemos “*influencers*” que, con una edad muy temprana, y según están las cosas actualmente, por ejemplo, pueden ser propietarios de una casa, cuando muchos padres a lo mejor ni pueden; “*influencers*” que por su constitución tienen un cuerpo cuyas características coinciden con los estándares de belleza actuales, dando lugar a que muchos menores quieran tener ese cuerpo, lo que puede conllevar a prácticas poco saludables y que puedan derivar en trastornos alimenticios; “*influencers*” que consiguen a cambio de publicidad viajes soñados por

¹⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, 24/2019, de 25 de enero. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/48b1012adcfc5ef/20190327>> [Fecha de consulta 21 de enero de 2023]

¹⁵⁴ *Idem*.

muchos menores, frustrando a los mismos al saber que ellos no podrán, en su mayoría, realizarlos; e “*influencers*” que realizan bullying, comportamiento que los menores pueden ver normal y seguir sus pasos.

Por lo que, un mayor control en el entorno digital, por parte de los padres y en el ámbito educativo, así como una prevención a los menores de su funcionamiento y de que no todo es lo que parece, es una ayuda para que éstos puedan entenderlo y usarlo correctamente.

Respecto al **ámbito sanitario**, los arts. 38 y 40 de la LOPIVI versan sobre las actuaciones de las administraciones sanitarias y el art. 29 trata sobre la Comisión frente a la violencia contra los menores.

En este ámbito pasa igual que con los anteriores, todos los profesionales que estén en contacto con menores deben de cumplir con lo dispuesto en el art. 57 de la LOPIVI, así existe la “prohibición de cualquier ente público o privado de contratar a personas que tuvieran anotaciones en este registro y siempre que lo sea para profesiones que impliquen un contacto habitual con personas menores de edad¹⁵⁵”.

Los protocolos de asistencia sanitaria en los centros hospitalarios han resultado fundamentales a la hora de detectar si un menor ha sufrido o sufre violencia familiar¹⁵⁶, así el 10% de los procedimientos que se incoan en los juzgados proceden de estos protocolos.

Para continuar, tenemos el **ámbito de los servicios sociales y los centros de protección**, en el cual, también respecto a la contratación de los profesionales existe la “prohibición de cualquier ente público o privado de contratar a personas que tuvieran anotaciones en este registro y siempre que lo sea para profesiones que impliquen un contacto habitual con personas menores de edad”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Penal 4941/2022, de 22 de septiembre, *cit.*

¹⁵⁶ MAGRO SERVET, V., *Análisis de la jurisprudencia, op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 4941/2022, de 22 de septiembre, ya que también debe de cumplirse lo establecido en el artículo 57 de la LOPIVI.

Los **servicios sociales** sirven de ayuda para los casos de violencia contra los menores y tienen un papel importante de coordinación con las familias y con otros servicios, como, por ejemplo, el educativo y el sanitario.

La LOPIVI introduce la atribución de la condición de agente de la autoridad al personal funcionario cuya actividad profesional se lleve a cabo en los servicios sociales. Asimismo, establece que los servicios sociales contarán con profesionales y equipos de intervención familiar entrenados para la detección precoz, valoración e intervención frente a la violencia contra los menores, es decir, dispone la existencia de un equipo de intervención (art. 42). Además, establece las situaciones de urgencia (art. 41.2), el plan de intervención (art. 43) y el seguimiento y registro de los casos de violencia sobre las personas menores de edad (art. 44).

Los **centros de protección** tienen que ser entornos seguros para los menores, por lo que se adoptarán diferentes medidas para garantizar la protección integral.

Así, la LOPIVI dispone la obligatoriedad de tener que aplicar protocolos de actuación y de garantizar mecanismos de comunicación y queja (art. 53), debiendo ser supervisados por el Ministerio Fiscal (art. 55), así como garantizar una formación especializada para el personal que trabaje en el centro (art. 5).

Además, el AAP de Cantabria (sede de Santander) 752/2022, de 23 de septiembre¹⁵⁸ destaca la posibilidad de solicitar un ingreso del menor con problemas de conducta en un centro de protección específico de menores.

Finalmente, el **ámbito de fuerzas y cuerpos de seguridad**, en el que es importante la formación especializada de sus miembros.

Así, se da lugar a la existencia de protocolos de actuación y de unidades especializadas en la investigación, prevención, detección y actuación de situaciones de violencia sobre los menores, las cuales, estarán preparadas para una correcta y adecuada intervención si es necesario (art. 49 LOPIVI).

¹⁵⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (sede de Santander) 752/2022, de 23 de septiembre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1473593f318587cca0a8778d75e36f0d/20221214> [Fecha de consulta 19 de enero de 2023]

No obstante, sin perjuicio de los protocolos de actuación, se establecen criterios legales a seguir en aquellas actuaciones con personas menores de edad, como, por ejemplo, la posibilidad de que un menor pueda formular denuncia sin estar acompañado de un adulto (art. 50 LOPIVI), así como la obligación de contar con protocolos para la sensibilización, detección precoz y la investigación e intervención en situaciones de violencia ejercida sobre menores¹⁵⁹.

En cuanto a los protocolos de la actuación policial, tal y como establece Juan José Nevado Montero “siendo el interés del menor un principio merecedor de la mayor protección, debería de publicarse un protocolo único para todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁶⁰”, ya que es de la única manera en la que “se puede garantizar que todos los menores de edad residentes en el territorio nacional sean beneficiarios de los mismos derechos¹⁶¹”.

Respecto a la posibilidad de denuncia sin estar acompañados de un adulto, es una acción que conlleva grandes consecuencias, ya que tiene que “contener todos los elementos que permitan valorar la necesidad de medidas de protección y aportar un relato de hechos que delimite con claridad tanto el ilícito penal como las circunstancias atenuantes o agravantes, evitando así que el menor declare varias veces o que se practiquen diligencias de investigación que le afecten¹⁶²”.

Para ello, se debe de tener en cuenta la madurez del menor, sin embargo, dicha madurez no garantiza la protección de su interés. Es por ello que, antes de denunciar, tendría que ser asistido por letrados especializados, puesto que con dicha asistencia no se limitaría la libertad del menor de expresarse y daría lugar a que la denuncia tuviera los elementos necesarios¹⁶³.

¹⁵⁹ NEVADO MONTERO, J.J., “La función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 24 de junio de 2021, HayDerecho. Disponible en <<https://www.hayderecho.com/2021/06/24/la-funcion-de-las-fuerzas-y-cuerpos-de-seguridad-en-la-ley-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>> [Fecha de consulta 22 de enero de 2023]

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ *Idem.*

VI. Modificaciones de diferentes textos legislativos pertenecientes a distintos ámbitos del Derecho

La LOPIVI da lugar a diversas reformas de diferentes textos legislativos. No obstante, de todas ellas nos centraremos en las modificaciones más relevantes realizadas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, viendo de manera breve el resto de las modificaciones relevantes que realiza.

a) Modificaciones en Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La LOPIVI introduce una modificación respecto de la prescripción de los delitos extendiendo el plazo de prescripción, el cual,

“En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los arts. 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el art. 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán **desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad**, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento¹⁶⁴”.

Esto da lugar a que exista un margen mucho más amplio para que las víctimas puedan denunciar el delito, ya que, muchos de estos delitos pasan inadvertidos porque cuando la víctima quiere dar el paso, ya han prescrito.

Recordemos que, en varias ocasiones, estos delitos se dan en el ámbito familiar, no siendo fácil asumir que tu propia familia haya podido hacerte daño o, simplemente, la víctima no es consciente de que lo que ha sucedido es constitutivo de delito en el momento, pero sí se da cuenta posteriormente en un futuro.

¹⁶⁴ BOE.es - BOE-A-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (s. f.). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> [Fecha de consulta 22 de noviembre de 2022]

Es decir, esta modificación sirve para que se pueda evitar “la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección”¹⁶⁵.

De igual forma, “se elimina el perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito sea una persona menor de dieciocho años, completando de este modo la protección de los niños, niñas y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte”¹⁶⁶.

También, se da lugar a la obligación de imponer la privación de la patria potestad, en delitos de homicidio o asesinato, cuando el autor y la víctima tuvieran un hijo en común y cuando la víctima fuera hijo del autor (art. 140 bis). No obstante, esta obligación es un criterio que el TS venía estableciendo en su jurisprudencia, como, por ejemplo, en la STS 452/2019, de 8 de octubre¹⁶⁷ en la que estableció que:

“el hijo/a ha visto morir a su madre, pero ese intento lo es por su propio padre, lo que debe provocar un sufrimiento en este menor de dimensiones incalculables en el plano psicológico y vivencial para el resto de su vida. Y ello, debe llevar consigo una sanción como la de la **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad**, en este caso, **o su privación** por la vía del art. 55 CP en el caso de que sea éste aplicable”.

Por lo tanto, la introducción en la LOPIVI hace que, además de ser un criterio utilizado por el TS, quede también recogido en una Ley.

Algo necesario, puesto que es un progenitor del menor el que asesina al otro, es decir, su figura de referencia asesina a su otra figura referente, causándole, lo más probable, un sufrimiento y secuelas psicológicas muy graves, dando lugar, consecuentemente, a que se prive al progenitor de la patria potestad, pues ningún bien le hará al menor seguir con quien le ha causado un mal tan grave.

¹⁶⁵ Preámbulo de la *Ley 8/2021, de 4 de junio* [...], *op. cit.*

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 452/2019, de 8 de octubre. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2bf9a63ff116e89/20191016>> [Fecha de consulta 16 de febrero de 2023]

Además, la modificación del art. 46 también priva el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, cuando el menor o la persona con discapacidad estén a cargo de la persona condenada. Sin embargo, hay derechos que subsisten en caso de privación de la patria potestad, los cuales se determinarán por la autoridad judicial, quien tendrá que valorar el interés superior del menor o de la persona con discapacidad.

De igual forma, la LOPIVI modifica los delitos de odio, ya que incorpora la edad como causa de discriminación; aumenta la edad de 12 a 14 años para aplicar el subtipo agravado de lesiones del art. 143. 3; así como modifica el delito de sustracción de menores, dando lugar a que pueda ser cometido por el progenitor con el que conviva el menor o discapacitado como por el progenitor que pase tiempo con él en un régimen de estancias¹⁶⁸; y, también se modifica el art. 201 por el que deja de ser necesaria la denuncia, cuando la víctima sea menor o discapacitada necesitada de especial protección, para proceder en los casos de descubrimiento y revelación de secretos.

También se da lugar a un nuevo subtipo en el art. 143 bis por el que se sanciona la difusión pública a través de las tecnologías de la información de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección.

Subtipo que guarda relación con el art. 156 ter que sanciona la difusión pública de contenidos destinados a promover la autolesión y con el art. 361 bis, orientado a la sanción de la promoción de la anorexia y la bulimia por su especial incidencia en menores, penándose la distribución o promoción de contenidos de productos o técnicas de ingesta o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas.

Estos delitos, según Muñoz Conde, surgen por las “informaciones, programas y aplicaciones en los sistemas telemáticos, internet, SMS, WhatsApp, cuentas de Facebook, etc., dirigidos principalmente a un público compuesto en su mayoría por menores a los que de un modo más o menos directo, incluso como si se tratara de un

¹⁶⁸ GONZÁLEZ URIEL, D., *El delito de promoción, fomento o incitación al suicidio de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mediante las TIC.*, Diario La Ley.

juego, se les induce al suicidio [...] Por lo que, al no poder castigar a los creadores de dichos juegos, se crea este delito, en el cual, la incitación debe de ser clara y estar dirigida directamente a provocar el suicidio, aunque tenga por objetivo un colectivo y no una persona concreta”¹⁶⁹. Un ejemplo de ello lo tenemos en el juego “La Ballena Azul”¹⁷⁰, en el cual, tras superar unos retos, el jugador termina suicidándose¹⁷¹.

En mi opinión, esta sanción debe de determinarse aún más, ya que, hoy en día no encontramos doctrina ni jurisprudencia que se manifieste al respecto en cuanto a la autoría y participación. Si bien se establece que para la sanción debe de existir una incitación clara que esté dirigida directamente a provocar el suicidio, si todo el mundo considera como autor al que comparte una publicación y entiende, por tanto, que incita al suicidio, tendríamos muchos casos que analizar y comprobar, colapsando el sistema judicial.

Finalmente, se modifica la redacción del tipo agravado de la agresión sexual, de los abusos¹⁷² y las agresiones a menores de dieciséis años y de los tipos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (arts. 180, 183, 188 y 189) para introducir una agravación cuando el delito lo realice quien tenga la tutela o guarda del menor o discapacitado necesitado de especial protección y cuando quien lo realice se beneficie de su convivencia con la víctima.

Además, se modifica el art. 183 quater, para que, siempre y cuando los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual del menor, la extinción de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de 16 años solo se de en los casos del art. 183. 1 y 183 bis. Para ello, el autor tendrá que ser una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 82-84.

¹⁷⁰ *Frustrado un suicidio colectivo de jóvenes de varios países que fue pactado en las redes*, El País, 1 de septiembre de 2017. Disponible en <https://elpais.com/politica/2017/09/01/actualidad/1504257000_913878.html> [Fecha de consulta 16 de febrero de 2023]

¹⁷¹ FLORES GARCÍA, E., *Juego de la ballena azul: El suicidio como objetivo*, NeuroClass, 12 de marzo de 2022. Disponible en <<https://neuro-class.com/juego-de-la-ballena-azul-el-suicidio-como-objetivo/>> [Fecha de consulta 16 de febrero de 2023]

¹⁷² A día de hoy, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual “elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”.

b) Modificaciones en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En primer lugar, la LOPIVI modifica esta ley para dar lugar a que la víctima o el perjudicado se puedan personar, aunque sea de forma tardía, antes de la celebración del juicio oral, teniendo en cuenta la limitación de su adhesión a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal (arts. 109 y 110).

A su vez, se elimina la dispensa de declarar del cónyuge y ascendientes o descendientes del menor o discapacitado necesitado de especial protección respecto de algunos delitos, como, por ejemplo, cuando se trate de un delito de homicidio, contra la libertad e indemnidad sexual o de trata de seres humanos¹⁷³. También se elimina esta dispensa en casos, como, por ejemplo, cuando el testigo mayor de edad haya presenciado cualquier situación de violencia hacia el menor¹⁷⁴.

En la STSJ de Castilla y León, 7/2022, de 2 de febrero¹⁷⁵ podemos observar como el acusado fundamenta su recurso en la nulidad de las declaraciones de los menores, ya que no se les ha comunicado la posibilidad de no declarar mediante la dispensa, equiparando el acogimiento al parentesco del mencionado artículo. Ello es rechazado, al tener en cuenta la STS 49/2018, de 30 de enero¹⁷⁶ que dispone que “encontrándonos ante una dispensa, es decir, una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva”.

Finalmente, hablaremos de la modificación de la prueba preconstituida, la cual ya se venía llevando a cabo en sentencias como la STS 321/2020, de 17 de junio¹⁷⁷ en la que se determina una serie de reglas a tener en cuenta para hacer valer la prueba preconstituida y que los menores no tuviesen que volver a declarar. No obstante, tal y como dice la mencionada sentencia

¹⁷³ Ver artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

¹⁷⁴ Ver artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 7/2022, de 2 de febrero. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7e331faeaddb900a/20220221> [Fecha de consulta 14 de febrero de 2023]

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 49/2018, de 30 de enero. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b01c1926eed2763/20180209> [Fecha de consulta 14 de febrero de 2023]

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 321/2020, de 17 de junio. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c9fa6b9b7ce96479/20200629> [Fecha de consulta 14 de febrero de 2023]

“Cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por el Tribunal por haberse conformado la prueba preconstituida y/o con posterior informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el Tribunal, atendido el caso concreto, que aprecie la victimización, esta motivación del Juez o Tribunal, bien en el auto de admisión de pruebas, bien en cualquier otro momento posterior, **no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario**”.

Así, con la modificación, se obliga a la preconstitución de prueba en los delitos relativos al homicidio, lesiones, contra la libertad o la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, las relaciones familiares, o los derechos fundamentales, organizaciones criminales y terrorismo cuando la víctima sea menor o discapacitada necesitada de especial protección, todo ello a fin de evitar su revictimización secundaria (art. 449). Asimismo, cuando resulta ineludible la declaración del menor en el juicio oral, esta habrá de realizarse evitando toda confrontación visual con el investigado (art. 707).

Ejemplo de ello lo encontramos en la STS 886/2022, de 10 de noviembre¹⁷⁸ al disponer que:

“Con ello, la clave es que en casos de menores de edad el tribunal podrá razonar que es válida la prueba preconstituida de la declaración del menor y en estos términos reproducirla en el plenario para evitar que los menores de edad tengan que repetir lo expuesto en sede sumarial en prueba preconstituida perfectamente válida con arreglo a derecho mediante su "elevación al plenario" mediante la reproducción.

Por ello, no se trata de que la parte tenga un derecho a instar que, pese a que exista prueba preconstituida, puede exigir que el menor declare de forma presencial en el plenario. Esto no existía antes de la Ley 8/2021, de protección de la infancia, y mucho menos después de esta norma que categoriza

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Penal, 886/2022, de 10 de noviembre. Disponible en https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc50000184de8f86223479db5c&marginal=JUR\2022\360406&docguid=1470f5db06d3f11edad32a04a18c18e38&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_juris;&spos=2&epos=2&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=> [Fecha de consulta 1 de diciembre de 2022]

perfectamente que los menores declaran como prueba preconstituida en casos como el que aquí nos ocupa, y no se adivina a entender cuál es el régimen excepcional que propugna el recurrente en virtud del cual era exigible que la menor declarara otra vez en el plenario”.

Sobre este tema también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 579/2019 de 26 noviembre, señalando que: "Cuando se trata de testigos menores de edad, con mayor razón si aparecen como las víctimas de los hechos denunciados, esta Sala ha admitido que la imposibilidad de acudir al testigo directo está basada en la inconveniencia de someter a aquellos a un nuevo interrogatorio, acreditada por informes periciales adecuados"¹⁷⁹.

Así como también la STSJ de Barcelona 116/2022, de 29 de marzo¹⁸⁰, en la que se dispone que “El objeto de la pericia es el relato de la menor, no la menor, y para eso se grabó la declaración en la que intervienen las partes [...] la nueva declaración evita que la menor vuelva a declarar, impidiendo la revictimización”. Y en el Auto del Tribunal Supremo 904/2022, de 6 de octubre¹⁸¹ que establece que “la realización de la declaración de la menor de forma preconstituida está justificada por su riesgo de victimización secundaria”.

Es decir, con esta modificación la LOPIVI reconfigura la declaración de los menores en el proceso penal, para evitar que tengan que volver a revivir otra vez los hechos y ello les suponga pasar un mal rato, con la posibilidad de crearles un daño psicológico con las consecuencias que ello conlleva.

Para ello, hay que tener en cuenta la edad (menor de 14 años); la obligatoriedad de la práctica de la prueba preconstituida; el límite objetivo, es decir, solo en determinados delitos; el principio de contradicción e igualdad de armas, donde la

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, Sala de lo Civil y Penal, 116/2022, de 29 de marzo. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9992312/delitos%20contra%20las%20personas/20220606>> [Fecha de consulta 8 de enero de 2023]

¹⁸¹ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 904/2022, de 6 de octubre. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2/victimizaci%C3%B3n+secundaria+menor/by_date/WW/vid/914679817> [Fecha de consulta 23 de noviembre de 2022]

LOPIVI pone especial atención en las garantías del proceso y del procesado; y la práctica de la audiencia del menor¹⁸².

c) Modificaciones en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

La LOPIVI modifica el CC en el ámbito familiar respecto a las rupturas o separaciones de los progenitores.

Para ello, con la modificación del art. 92, se refuerza el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como se asegura la existencia de las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

No obstante, recientemente, el TS ha planteado cuestión de inconstitucionalidad al considerar que la redacción del art. 92.7 podría colisionar con el interés superior del menor.

Es en el ATS 581/2023, de 11 de enero¹⁸³, en el que se plantea dicha cuestión cuando la madre del menor interpone un recurso de casación para que no proceda la guarda conjunta, ya que el padre está incurso en un proceso penal al haberse producido un forcejeo entre ambos progenitores a la salida del colegio del menor, en el cual, el padre dio varios golpes en el antebrazo a la madre sin ocasionar lesión alguna. Por lo tanto, teniendo en cuenta la nueva modificación del artículo, la guarda conjunta no debería de darse lugar, no obstante, tal y como se establece en el auto:

“El menor se muestra relajado, cómodo y seguro con ambos.

No se aprecian signos de inestabilidad emocional o sufrimiento en el menor con ninguno de los progenitores.

En las conclusiones, tras la práctica de la correspondiente batería de tests, entrevista con los litigantes y con terceros, así como examen del niño, concluye la perito que **ambos progenitores presentan un adecuado ajuste psicológico general**, que existe un **vínculo afectivo entre ellos y el menor**, que ambos

¹⁸² *Ibidem*, pp. 174 y 175.

¹⁸³ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 581/2023, de 11 de enero. Disponible en <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4df4d9e33463710a0a8778d75e36f0d/20230127>> [Fecha de consulta 14 de febrero de 2023]

reúnen actitudes parentales para ofrecer al menor un apego seguro y cubrir sus necesidades físicas y emocionales, sin que se observen rasgos de vulnerabilidad en el niño provocados por el proceso de separación. La **motivación del padre para ostentar la guarda y custodia de su hijo responde a un interés real por participar más activamente en su educación**. No obstante, existe una comunicación deficitaria entre padre y madre, que debe ser corregida¹⁸⁴.

Por ello, el TS considera que pueden darse otras medidas, puesto que, en este caso, por ejemplo, el proceso penal en el que se encuentra incurso el padre está pendiente de enjuiciar, es un hecho aislado de unos supuestos golpes de los que el padre goza de presunción de inocencia, y, además, el menor no muestra rechazo alguno hacia el mismo, así como que la tutora del menor dice que “es un niño feliz, alegre y contento, que destaca en todas las áreas, y que es muy participativo. Refiere que es un niño 10. Que venga el progenitor que venga a buscarlo al colegio ‘el niño se desvive por ellos’”.

Todo ello, a la vez que hay que tener en cuenta que tal y como dispone el TC, para ver qué es lo más beneficioso para el menor “ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio”¹⁸⁵.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo establecido, se muestran indicios de que la guarda conjunta no supondría peligro alguno para el menor.

Sin embargo, sí que podría darse una colisión con el interés superior del menor, ya que su protección prevalece al mantenimiento de relaciones familiares, pero no hay que olvidar “la protección de las mujeres en supuestos en los que sufran manifestaciones de violencia vicaria, encaminadas a causarles daños a través de los hijos e hijas menores de edad”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 178/2020, de 14 de diciembre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/SSTC+178%2F2020%2C+de+14+de+diciembre/vid/vulneracion-derecho-tutela-judicial-855355000>>< [Fecha de consulta 14 de febrero de 2023]

Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional, 81/2021, de 19 de abril. Disponible en <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/SSTC+81%2F2021/vid/supuesta-vulneracion-derechos-educacion-866772533>> [Fecha de consulta 14 de febrero de 2023]

¹⁸⁶ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 581/2023, de 11 de enero, *op., cit.* [Fecha de consulta 25 de febrero de 2023]

Por ende, permitir una guarda compartida, en una situación en la que el padre y la madre tengan una mala relación, puede dar lugar a una posible víctima de violencia vicaria en el supuesto caso de que la relación de sus progenitores empeorase y quisieran hacerse daño, utilizando al menor para ello. Por ello, hay que valorar bien el caso, todas las circunstancias y consecuencias que puedan darse, así como escuchar el interés del menor, antes de tomar una decisión.

No obstante, el TC no se ha pronunciado al respecto, por lo que esta cuestión de inconstitucionalidad aún no ha sido resuelta.

De igual modo, el art. 94.4 es modificado. Dicho artículo antes de su modificación tenía como regla “la concesión del régimen de visitas” y como excepción “la de limitarlo en aquellos casos que sea procedente, previo estudio de las consecuencias de la decisión sobre el interés de los hijos¹⁸⁷”. Tal y como podemos ver en la SAP de Madrid, 1033/2020, de 18 de diciembre¹⁸⁸:

“La patria potestad otorga a los dos progenitores todas las facultades y deberes que abarcan la misma; privación de la patria potestad requiere que uno o los dos progenitores incumplan sus deberes de forma grave y reiterada y que resulte beneficioso para los menores (STS entre otras de fecha 9 de noviembre de 2015); con carácter general la titularidad y el ejercicio de la patria potestad les corresponde a ambos progenitores, el ejercicio se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro, atribuyéndose el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores excepcionalmente cuando exista desacuerdo grave y trascendente o fueran reiterados o concurriera una causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad por uno de ellos, podrá atribuírsele total o parcialmente a uno de los padres, como dispone el art. 156 CC (LA LEY 1/1889), y siempre que sea necesario y conveniente para el menor”

Sin embargo, tras la modificación de dicho artículo por la LOPIVI, se ha pasado a que “la norma general o punto de partida sea la privación o suspensión de las visitas

¹⁸⁷ PLANAS DOLS, I., *El artículo 94.4 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 8/2022, de 2 de junio y su constitucionalidad*, Diario La Ley nº 14145, Sección Tribuna, 6 de octubre de 2022.

¹⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 1033/2020, de 18 de diciembre. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6932673776523e79/20210323> [Fecha de consulta 10 de febrero de 2023]

y la comunicación y estancia con los menores para, solo con fundamentación específica en la resolución, fijar esas visitas por considerarlo más beneficioso para el menor¹⁸⁹". Tal y como podemos observar en la SAP de Barcelona de 6 de mayo de 2022¹⁹⁰, la cual dispone:

«Con el cambio legislativo y la existencia de un procedimiento penal abierto por hechos encuadrables en violencia machista, la cuestión es si conviene al interés de los menores establecer algún régimen de relaciones personales con su padre o si deben suspenderse hasta el archivo del procedimiento o hasta la extinción de la responsabilidad penal de resultar definitivamente condenado.

[...] posibilidad de establecer una relación personal con el padre sujeto a un procedimiento penal por hechos constitutivos de violencia machista pero dicha posibilidad debe ser excepcional y solo cuando así lo exija "el superior interés del menor".

[...] El propio TS en su reciente sentencia de 27 de octubre de 2021 dictada tras haber entrado ya en vigor la reforma del art. 94 del CC estatal, pese haber sido condenado el padre por un delito de violencia de género [...]y revocaba la guarda compartida, sí fijaba un régimen de estancias entre el aquel y los menores en base a la siguiente argumentación: "No hay constancia de otras condenas ni denuncias y los hechos sucedieron en 2016 y 2017, lo que lleva a la sentencia n.º 37/2020, de 3 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, en el procedimiento abreviado seguido por violencia, a declarar -a otros efectos- que, dado que los hechos enjuiciados sucedieron hace años, puede mantenerse una previsión de bajo riesgo.

[...] También se confirma, como se solicita, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.4 CC último inciso, el régimen de estancias y visitas del padre fijadas en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los hijos que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no

¹⁸⁹ PLANAS DOLS, I., *El artículo 94.4 del Código Civil [...] op., cit.*

¹⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 293/2022, de 6 de mayo. Disponible en <https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc50000186519c486abbc5fb69&marginal=JUR\2022\226410&docguid=Ie2c98ac0fc1311ec9038dd17dad33d77&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_juris;&spos=3&epos=3&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=>>
[Fecha de consulta 10 de febrero de 2023]

advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido, como ya hemos dicho, hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias"».

Esta modificación generó dudas acerca de su constitucionalidad, sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad rechaza su inconstitucionalidad en su nota informativa nº 75/2022¹⁹¹, ya que la nueva redacción del artículo no predetermina la privación del régimen de visitas o estancia a ninguno de los progenitores. Esta nueva redacción da preferencia a esa privación, pero es la autoridad judicial quien determinará si se produce o no, teniendo en cuenta la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye al progenitor, además de oír al menor, al tener que tomar una decisión basada en su interés superior.

A mi parecer, esta modificación es apropiada, al poder analizar cada caso en concreto y poder decidir sobre la privación. Dar preferencia a algo no impone su obligatoriedad, sin embargo, es una cuestión que debe de ser valorada teniendo en cuenta todas las características del caso, así como todas las consecuencias posibles. Hablamos de la protección de un menor, la cual, en estos casos, puede ser muy necesaria, pues son casos en los que se ha ejercido violencia por parte de uno de los progenitores y la misma puede ser ejercida contra él.

Además, se modifica el art. 154 para aclarar que la decisión del lugar de residencia es parte del contenido de la patria potestad y que corresponde a ambos progenitores por norma general.

Así, esta modificación resuelve quién tiene que decidir sobre el lugar de residencia, sin embargo, la STS 642/2012, de 26 de octubre¹⁹², ya se había pronunciado al respecto:

“Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en

¹⁹¹ Nota Informativa nº 75/2022, Tribunal Constitucional, de 13 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_075/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2075-2022.pdf> [Fecha de consulta 11 de febrero de 2023]

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 642/2012, de 26 de octubre. Disponible en <<https://app.vlex.com/#vid/406891854>> [Fecha de consulta 12 de febrero de 2023]

la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio”.

Por lo tanto, una vez más, la LOPIVI incluye en una Ley lo que la jurisprudencia ya venía diciendo.

Para finalizar, se modifica el art. 158 para dar lugar a la posibilidad de que el Juez acuerde la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado. Y el art. 172.5 amplía el plazo de 6 a 12 meses para la cesación de la tutela y guarda provisional de las entidades públicas de protección cuando el menor abandona voluntariamente el centro.

d) Modificaciones en otras leyes

La LOPIVI, también modifica otras leyes, de las cuales, veremos a continuación los cambios más relevantes realizados en ellas tras su aprobación.

Ley del Poder Judicial

Es modificada en orden a regular la necesidad de formación especializada en las carreras judicial y fiscal, en el cuerpo de letrados y en el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, debido a que trata con colectivos vulnerables, con materias relativas a la no discriminación, la igualdad de género y los derechos de la infancia y la adolescencia en los procedimientos de selección de funcionarios.

Además, se plantea incluir Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, por lo que la especialización de los profesionales jurídicos es más que necesaria para poder llevar a cabo la creación de estos juzgados.

Llevar a cabo dicha especialización y la creación de dicho juzgado ayudaría mucho a evitar la victimización secundaria, así como daría lugar a tratar a los menores acorde a su edad. Esto es algo fundamental que debería de haberse tenido en cuenta y haberse llevado a cabo hace mucho, ya que la violencia sobre los menores

es especial, por ende, debe de tener un tratamiento diferente al resto y, hasta el momento, son tratados igual que un adulto, siendo algo que debe de cambiar, pues no tienen las mismas capacidades ni están acostumbrados a que se les trate así.

Ley de Protección Jurídica del Menor

Se modifica el art. 5.2 entendiéndose que existe conflicto de intereses cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.

También el art. 12.4, en el cual se pasa a considerar a la persona, como menor de edad, en el caso de que existen dudas sobre su mayoría de edad y estas no puedan ser disipadas. Además, se prohíben los desnudos integrales, las exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas.

La prohibición de los desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas se debe a los escándalos surgidos en relación con prácticas realizadas en Centros de Internamiento de Extranjeros y con respecto de Menores No Acompañados¹⁹³, por los que la ONU pedía dicha prohibición en España¹⁹⁴.

A mi parecer, la modificación del art. 12. 4 de esta ley es correcta, teniendo en cuenta que las prácticas llevadas a cabo para determinar la mayoría o no de edad, no las considero correctas. Los desnudos integrales y las exploraciones genitales pienso que no son pruebas determinantes para saber la edad de una persona, ya que, por ejemplo, una persona mayor de edad puede aparentar ser menor, al ser el desarrollo de cada ser humano diferente. Además, dichas pruebas pueden hacer sentir incomodo al menor a la hora de realizarse y, por ende, dar lugar a que se produzca algún tipo de violencia.

¹⁹³ SÁNCHEZ, G., *La ONU condena a España por someter a una niña víctima de violencia sexual a un desnudo integral y exploración genital para comprobar su edad*. El Diario, 25 de febrero de 2021. Disponible en <https://www.eldiario.es/desalambre/onu-condena-espana-no-proteger-nina-migrante-victima-violencia-sexual-sometio-exploracion-fisica-genitales-comprobar-edad_1_7249612.html> [Fecha de consulta 16 de febrero de 2023]

¹⁹⁴ SÁNCHEZ, G., *Desnudo integral y exploración genital para comprobar la edad de menores: unas pruebas «innecesarias» que la ONU pide prohibir en España*. El Diario, 28 de febrero de 2021. Disponible en <https://www.eldiario.es/desalambre/desnudo-integral-exploracion-genital-comprobar-edad-menores-migrantes-pruebas-cuestionadas-espana-10-anos_1_7257942.html> [Fecha de consulta 13 de febrero de 2023]

Finalmente, en cuanto a las medidas de contención que se pueden utilizar con respecto a los propios menores, con la modificación del art. 28, la contención física solo permitirá la sujeción de las muñecas del menor y nunca más de una hora. Asimismo, en el art. 29 se establece que el aislamiento al menor no podrá durar más de tres horas.

Ley de Responsabilidad Penal de los Menores

La modificación del art. 59. 3 da lugar a la prohibición de la contención mecánica del menor consistente en la sujeción de la persona a una cama articulada o a un objeto fijo o anclado a las instalaciones o a objetos muebles, debido a los escándalos surgidos en centros de menores¹⁹⁵.

Ley de Enjuiciamiento Civil

Se modifican los arts. 779 y 780 de la LEC para establecer un plazo máximo de tres meses, desde el inicio, en aquellos procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Así como para prever que los menores puedan elegir a sus defensores, reducir los plazos del procedimiento y contemplar la posibilidad de que se adopten medidas cautelares.

Ley General Penitenciaria

Su modificación se realiza con el fin de, con determinados programas, evitar la reincidencia y tener un seguimiento de los condenados para concederles permisos y la libertad condicional cuando se lo merezcan.

Ley de la Jurisdicción Voluntaria

Es modificada para garantizar el derecho del menor a ser escuchado, derecho el cual no entraremos a analizar, ya que se ha explicado anteriormente¹⁹⁶.

¹⁹⁵ BOCANEGRA, R., *La Ley de Infancia quiere evitar otro caso Iliass Tahiri y prohíbe las sujeciones mecánicas en los centros de menores*. Público, 15 de mayo de 2021. Disponible en <<https://www.publico.es/politica/ley-infancia-quiere-evitar-caso-iliass-tahiri-prohibe-sujeciones-mecanicas-centros-menores.html>> [Fecha de consulta 15 de febrero de 2023]

¹⁹⁶ Ver apartado IV. Aspectos más relevantes de la Ley.

Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

Su modificación da lugar a que el menor tenga derecho a la misma cuando sea víctima de delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual y en los de trata de seres humanos.

Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Se modifica para disponer que cuando se atienda a un menor como consecuencia de que ha sufrido violencia, esto quedará especificado en su historial clínico.

VII. Conclusiones

Primera. - La protección de los menores era un despropósito antiguamente, ya que la misma ni existía, tratándoles como meros objetos a los que someter a episodios de abusos, maltratos, explotación y abandono.

Gracias a la evolución que se ha producido, según transcurrían los diversos sucesos, se fue dando importancia a su protección, hasta el punto de conseguir que se les considerara sujetos de derechos propios, siendo destacable la Convención de los Derechos de la Infancia de Naciones Unidas, al ser la normativa que los considera así por primera vez.

Segunda. - Como hemos podido observar en el presente trabajo, la normativa internacional ha sido clave para la creación y evolución de la normativa nacional, en la que han existido mejoras en la protección de los menores a través de las reformas y las nuevas normativas, como es el caso de la LOPIVI.

La LOPIVI es la normativa que establece por primera vez un modelo de protección integral en España.

Bajo mi punto de vista, la protección que se otorgaba a los menores antes de la LOPIVI era insuficiente, puesto que no les protegía de sufrir el daño, simplemente se basaba en una reparación que, en algunos casos, no era suficiente, puesto que existe violencia que, por ejemplo, deja secuelas psicológicas muy graves, de las cuales uno no se termina de recuperar, por lo que, por ejemplo, una reparación económica, de poco sirve.

Tercera. - El interés superior del menor es un concepto que debe de evaluarse para cada caso concreto, al no tener todos los casos las mismas características ni darse bajo las mismas circunstancias. Asimismo, considero que su condición de primordial y anteponerlo sobre cualquier otro, es adecuada para poder otorgarles una buena protección, al ser sujetos con menos recursos que el resto.

Atendiendo a todo lo expuesto en el trabajo, el interés superior del menor se debe de relacionar con su derecho a ser escuchado, ya que es un derecho que da lugar a poder conocer mejor su interés y, por lo tanto, dictaminar en su beneficio.

Es decir, en ocasiones sin escuchar al menor se puede considerar que, por ejemplo, para su interés superior es mejor que no pueda ver a uno de sus progenitores; sin embargo, a lo mejor lo que se considera más beneficioso para él, realmente no lo es, ya que, si se le escucha, se puede tener en cuenta lo que él quiere y, posteriormente, valorar con todos los datos si se conceden o no dichas visitas en este caso.

Cuarta. - Los menores son sujetos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto al resto, al no tener las mismas capacidades. De este modo, se deben de evitar aquellos efectos negativos que un proceso judicial pueda causarles, es decir, la victimización secundaria.

Para ello, establecer como obligatoria la prueba preconstituida en aquellos casos en los que existan menores o discapacitados necesitados de especial protección, en mi opinión, es un acierto, ya que el menor no tiene la misma capacidad que un adulto para sobrellevar determinadas situaciones. Así, con la obligatoriedad de la prueba preconstituida, y solo tener que declarar en juicio oral cuando realmente sea necesario, al menor se le evita remover lo sucedido, tener que ver a su agresor y la posibilidad de tener algún trauma, con los problemas que ello conlleva.

Quinta. - El entorno digital es una amenaza para cualquiera, pero para los menores el riesgo es aún mayor, al estar más indefensos.

Los menores no se paran a pensar en las posibles consecuencias que pueden derivarse del uso que llevan a cabo a través del entorno digital, como, por ejemplo, un uso inadecuado de las redes sociales con la publicación constante de su ubicación, dando lugar a ser accesible a cualquiera porque se puede conocer su localización; hablar con desconocidos, los cuales, normalmente interactúan con segundas intenciones de las que el menor no tiene conocimiento; e incluso realizar acoso a las personas, mediante comentarios en redes, sin ser conscientes de que realmente están cometiendo un delito y simplemente se lo toman a broma.

Estas conductas, entre otras, y que el uso del internet este a la orden del día, puesto que, en la mayoría de los hogares y centros educativos (que es donde más tiempo pasan los menores), hay conexión a internet, dan lugar a que la LOPIVI tenga en cuenta el ámbito digital como un escenario de posible violencia sobre los menores en el que tiene que actuar para su protección.

Sexta. – Una de las modificaciones que considero fundamental es la del aumento del término para la prescripción de los delitos, comenzando desde que la víctima tenga 35 años y no 18 como era anteriormente. Esto da lugar a un mayor margen para que las víctimas puedan asimilar lo que las ha pasado y denunciar a su agresor.

A mi parecer, es importante, debido a que en muchas ocasiones la víctima no denuncia a su agresor inmediatamente, al no procesar bien lo sucedido, por no estar preparada para ello o, incluso, porque no es consciente de que lo que acaba de suceder. Así, aumentando el término de la prescripción de los delitos se ayuda a que más gente sea capaz de denunciar lo que les ha pasado, al tener más tiempo para terminar siendo conscientes y reuniendo fuerzas para iniciar un procedimiento que, en su mayoría, es doloroso para la víctima.

Recordemos que muchas veces todo ello se produce en el entorno familiar, a una edad muy temprana de la víctima, por lo que la misma puede no tener conocimiento de lo que está ocurriendo, además de ser difícil asumir que alguien de tu propia familia, con quien tendrías que estar y sentirte a salvo, está haciéndote daño.

Séptima. – La LOPIVI impone la obligatoriedad de privar la patria potestad en los delitos de homicidio o asesinato cuando el autor y la víctima tuvieran hijos en común o cuando la víctima fuese hijo del autor.

Esta modificación es significativa, puesto que no debe permitirse que, un progenitor que ha intentado o que logra asesinar al otro, así como si intenta o logra asesinar a uno de sus hijos, en caso de tener más, continúe teniendo la patria potestad.

Esto se debe a que, alguien que intenta o logra arrebatarse la vida al otro progenitor e incluso a alguno de sus hijos, no puede pretender continuar teniendo la patria potestad, ya que es alguien que intenta hacer daño de una manera muy grave, por lo que tiene que ser sancionado con penas también graves.

Permitir la patria potestad a un asesino sería desproteger totalmente al menor, ya que se le estaría “metiendo en la boca del lobo”, con un resultado muy poco favorecedor. Así, con esta modificación se pretende proteger al menor lo máximo posible.

Octava. - Otra modificación que, bajo mi punto de vista, es importante y que ha traído diferentes opiniones, incluso se ha llegado a plantear su inconstitucionalidad (negando la misma el TC), es la de la preferencia a la privación del régimen de visitas o estancia al progenitor que se encuentre incurso en un procedimiento penal iniciado por violencia contra el otro progenitor o sus hijos.

Novena. - Del mismo modo, también considero importante la modificación de la guarda conjunta que no procede cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal, que también ha dado lugar a que se plantee un recurso de inconstitucionalidad, sobre el cual el TC no se ha pronunciado aún.

Décima. - Considero que a la hora de aplicar estas dos últimas modificaciones deben tenerse en cuenta muchos factores y considerar también que, permitir el régimen de visitas o de estancia y la guarda compartida cuando uno de los progenitores es el agresor del otro, donde ambos son los referentes del menor, puede ser dañino para el mismo. Por lo que, es crucial, sobre todo, escuchar al menor y tener en cuenta su interés, sin olvidar que, permitir el régimen de visitas o la estancia y la guarda compartida, puede conllevar a que se produzca la violencia vicaria en aquellos casos en los que la relación de los progenitores empeore y quieran hacerse daño utilizando al menor para ello.

Todo ello obviando que, si el procedimiento penal es por violencia contra el menor, dicha modificación debe de aplicarse inmediatamente, puesto que dicha violencia es señal suficiente para privar al progenitor del régimen de visitas o estancia y de la guarda compartida, ofreciendo así al menor una protección mayor.

VIII. Anexo jurisprudencial

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional, 178/2020, de 14 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional, 81/2021, de 19 de abril

Tribunal Supremo

1. Autos

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 7043/2022, de 7 de abril

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 754/2022, de 5 de octubre

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 904/2022, de 6 de octubre

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3176/2022, de 2 de noviembre

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 581/2023, de 11 de enero

2. Sentencias

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 623/2009, de 8 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 94/2010, de 11 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 258/2011, de 25 de abril

Sentencia del Tribunal Supremo 642/2012, de 26 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 835/2013, de 6 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 582/2014, de 27 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 569/2016, de 28 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 49/2018, de 30 de enero

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 284/2018, de 13 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 452/2019, de 8 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 495/2019 de 17 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 654/2019, de 8 de enero de 2020

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3299/2021, de 27 de julio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 87/2022, de 2 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 778/2022, de 22 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 886/2022, de 10 de noviembre

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 7/2022, de 2 de febrero

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona 116/2022, de 29 de marzo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Penal, 4941/2022, de 22 de septiembre

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil/ Penal de A Coruña, 110/2022, de 16 de noviembre

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y de lo Penal, 4941/2022, de 23 de diciembre

Audiencias Provinciales

1. Autos

Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede de Mérida) 9/2022, de 14 de enero

Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (sede de Santander) 752/2022, de 23 de septiembre

2. Sentencias

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 812/2010, de 25 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 732/2013, de 22 de julio

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, 24/2019, de 25 de enero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 1033/2020, de 18 de diciembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 293/2022, de 6 de mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Aragón (sede de Huesca), 411/2022, de 21 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castilla y León (sede de Salamanca), 842/2022, de 28 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, 1504/2022, de 15 de noviembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sede de Pamplona), 1448/2022, de 21 de noviembre

IX. Normativa y legislación aplicable

ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577 <<https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, 20 Julio 2009, CRC/C/GC/12. Disponible en <<https://www.refworld.org/es/docid/4ae562dc2.html>>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 abril 2011, CRC/C/GC/13, disponible en esta dirección: <<https://www.refworld.org/es/docid/4e6da4d32.html>>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14. Disponible en <<https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>>

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (s. f.). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222>

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>>

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036#a790>>

X. Bibliografía

ANDREU MARTÍNEZ, B., *Aportaciones en materia de protección de datos de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Diario La Ley

AZAGRA MALO, J., ADELL TRONCHO, B., *Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 57, septiembre-diciembre 2021*

Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, núm. 22. Datos 2019. Observatorio de la infancia. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (diciembre 2020)

DOLZ LAGO, M.J., *La perspectiva de la protección del interés superior del menor: un caso concreto*, Diario La Ley, Nº 10170, Sección Tribuna, 15 de noviembre de 2022, LA LEY

DOMÍNGUEZ REYES, J.F., *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 768, 2018*

GONZÁLEZ URIEL, D., *El delito de promoción, fomento o incitación al suicidio de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mediante las TIC.*, Diario La Ley

OCÓN DOMINGO, J., *Normativa internacional de protección de la infancia en Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 19, 2006*

PARADA IGLESIAS, M., VERDE-DIEGO, C., GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., *Infancia víctima de violencia de género tras la reforma del sistema de protección. Análisis a través de la prensa española en Revista Prisma Social nº 30, julio 2020*

SANTOS MORÓN, M^a J., *El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos* en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018

VACCARO, S., *Violencia Vicaria: un golpe irreversible contra las madres. Informe sobre el análisis de los datos de caso de violencia vicaria extrema*, 2021, Asociación de Mujeres Psicología Feminista, Junta de Andalucía

VIDAL CASERO, M^a C., «*La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud*», en *Revista de Derecho y Salud*, núm. 1, Vol. 11, julio-diciembre 2002

XI. Webgrafía

Alumnos hablan por la 'vuelta al cole': "Los profesores y el equipo directivo no suelen tomar muy en serio el bullying"., *Agencia Europa Press*, 10 de septiembre de 2022. Disponible en <<https://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-alumnos-hablan-vuelta-cole-profesores-equipo-directivo-no-suelen-tomar-muy-serio-bullying-20220910120252.html>> [Fecha de consulta 20 de febrero de 2023]

Archivado el caso de las niñas Anna y Olivia, asesinadas por su padre en Tenerife (15 de marzo 2022). *Canarias Ahora*. <https://www.eldiario.es/canariasahora/tenerifeahora/tribunales/archivado-caso-ninas-anna-olivia-asesinadas-padre-tenerife_1_8832386.html>

BOCANEGRA, R., *La Ley de Infancia quiere evitar otro caso Iliass Tahiri y prohíbe las sujeciones mecánicas en los centros de menores*. Público, 15 de mayo de 2021. Disponible en <<https://www.publico.es/politica/ley-infancia-quiere-evitar-caso-iliass-tahiri-prohibe-sujeciones-mecanicas-centros-menores.html>>

CASES: General Report. *The prevalence and characteristics of interpersonal violence against children (IVAC) inside and outside sport in six European countries*, Child Abuse in Sport European Statistics. Disponible en <https://figshare.edgehill.ac.uk/articles/report/CASES_General_Report_The_prevalence_and_characteristics_of_interpersonal_violence_against_children_IVAC_ins ide_and_outside_sport_in_six_European_countries/17086616/1>

C.G.P.J - *Archivo de notas de prensa*. (2021, 28 septiembre) Consejo General del Poder Judicial. <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Abre-en-Canarias-el-primer-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-de-Espana->>>

GALAUP, L., *Condenado un colegio por no proteger a una alumna que sufría acoso racista: "Nos hemos sentido muy solas"*. elDiario.es, 28 de febrero de 2023. <https://www.eldiario.es/sociedad/condenado-colegio-no-proteger-alumna-sufria-acoso-racista-hemos-sentido-solas_1_9992875.html>

LLORIA GARCÍA, P., *La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código penal. Algunas consideraciones*, IgualdadES, n°6, enero-junio 2022 <<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-07/39798igdes609lloria-gacia.pdf>>

MAGRO SERVET, V., *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la violencia sexual en el hogar*, Diario La Ley, n° 10142, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2022 <<https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4487/ARTICULO%20DOCTRINAL.pdf>>

MAGRO SERVET, V., *No matarás... a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria.*, Diario La Ley, n° 10194, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2022 <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAFVQwW6DMAz9GnJBmiBMZZccCqEqEqLtmk3aqTLBg2goVElg698vDGIbLdmy33uH5-egsSyOCEg3wcBHydJIVzMKaBZiNC2a7MZi4kYHwzNaRhNi-Gzhll14NSoMzBMmAmJalvGReQr2URP6YbMaKwXsFfVoXZletX1IW-36sFaZTk4YPyQi7djEdBHLokk2R38qIsglbsi328vZV3ml-NL5nkaURrQ93gZNA5S_A8kC8CLMy_Ce124357FNrzXEotgZH-EDImplVTjA9jrFxn0h0_iEOuRuXgD28UcxhQt7_2gomLfvThOa2QsMfULasOh2uSvsEvgEOccBNAEAAA==WKE> o en <<https://acortar.link/VhcvSc>>

PINHEIRO, P.S., *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas* (Ginebra, 2006). Disponible en

<https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf>

Fichas de menores víctimas mortales
<<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>>

FLORES GARCÍA, E., *Juego de la ballena azul: El suicidio como objetivo*, NeuroClass, 12 de marzo de 2022 <<https://neuro-class.com/juego-de-la-ballena-azul-el-suicidio-como-objetivo/>>

Frustrado un suicidio colectivo de jóvenes de varios países que fue pactado en las redes, El País, 1 de septiembre de 2017 <https://elpais.com/politica/2017/09/01/actualidad/1504257000_913878.html>

GONZÁLEZ, C., *Cuando la violencia machista va más allá de tu persona: la pesadilla española*. Asociación para las Naciones Unidas en España, 2021. Disponible en <<https://anue.org/wp-content/uploads/2021/06/Violencia-vicaria.-Articulo-completo.pdf>>

Historia de los derechos del niño. (s. f.). UNICEF <<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>>

Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España 2020, Ministerio del Interior <<https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2020/INFORME-DELITOS-CONTRA-LA-LIBERTAD-E-INDEMNIDAD-SEXUAL-2020.pdf>>

NEVADO MONTERO, J.J., *“La función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”*, 24 de junio de 2021, HayDerecho <<https://www.hayderecho.com/2021/06/24/la-funcion-de-las-fuerzas-y-cuerpos-de-seguridad-en-la-ley-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>>

Nota Informativa nº 75/2022, Tribunal Constitucional, de 13 de septiembre de 2022 <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_075/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2075-2022.pdf>

SÁNCHEZ, G., *Desnudo integral y exploración genital para comprobar la edad de menores: unas pruebas «innecesarias» que la ONU pide prohibir en España*. El Diario, 28 de febrero de 2021 <https://www.eldiario.es/desalambre/desnudo-integral-exploracion-genital-comprobar-edad-menores-migrantes-pruebas-cuestionadas-espana-10-anos_1_7257942.html>

SÁNCHEZ, G., *La ONU condena a España por someter a una niña víctima de violencia sexual a un desnudo integral y exploración genital para comprobar su edad*. El Diario, 25 de febrero de 2021 <https://www.eldiario.es/desalambre/onu-condena-espana-no-protoger-nina-migrante-victima-violencia-sexual-sometio-exploracion-fisica-genitales-comprobar-edad_1_7249612.html>

SÁNCHEZ, G., *A los trece mi hija dejó un escrito de cuatro páginas antes de intentar suicidarse*. Elperiodicodeespana, 28 de febrero de 2023. <https://www.epe.es/es/sucesos/20230228/hija-escrito-cuatro-paginas-suicidio-acoso-escolar-83864007?utm_source=indigitall>

Situar a la infancia en el centro de las políticas públicas, un objetivo prioritario, según la Plataforma de la Infancia, *Infocop*, 3 de febrero de 2022 <https://www.infocop.es/view_article.asp?id=19724>