

LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE
PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA
ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: LÍNEAS
MAESTRAS CON TRASCENDENCIA JURÍDICO-CIVIL

*THE ORGANIC LAW 8/2021, OF JUNE 4, ON THE
COMPREHENSIVE PROTECTION OF CHILDREN AND
ADOLESCENTS AGAINST VIOLENCE: MASTER LINES WITH CIVIL
LEGAL SIGNIFICANCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1232-1263

María Remedios
GUILABERT
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La ley que nos ocupa, nace como fruto de la especial sensibilidad que durante los últimos años se ha venido gestando, tanto a nivel internacional como interno, en relación con el fenómeno de la violencia ejercida sobre los menores. De este modo, la nueva normativa nace con la intención de dotar a los menores de la más amplia e integral protección frente a este tipo de maltrato. Estas circunstancias obligan a la realización de una previa investigación, tanto desde el plano sociológico como ius internacionalista para con ello poder contextualizar la norma. A dicho examen proseguirá, entre otras cuestiones, el estudio de la regulación penal con trascendencia civil adoptada y de las medidas preventivas previstas, con el objeto de alcanzar una adecuada comprensión del cambio de paradigma que efectivamente supone la presente ley y un análisis crítico de la misma.

PALABRAS CLAVE: Derecho; maltrato; violencia; menor; penal; civil; Comité de Derechos del Niño; Observaciones; prevención; sensibilización social; detección precoz; servicios sociales.

ABSTRACT: *The law that concerns us, was born as a result of the special sensitivity that has been developing in recent years, both internationally and internally, in relation to the phenomenon of violence against minors. In this way, the new regulations are born with the intention of providing minors with the broadest and most comprehensive protection against this type of abuse. These circumstances require the realization of a previous investigation, both from the sociological and internationalist ius level, in order to be able to contextualize the norm. Said examination will continue, among other issues, the study of the penal regulation with civil importance adopted and of the planned preventive measures, in order to achieve an adequate understanding of the paradigm shift that this law effectively implies and a critical analysis of it.*

KEY WORDS: *Law; mistreatment; violence; minor; criminal, civil; Committee on the Rights of the Child; Observations; prevention; social awareness; early detection; social services.*

SUMARIO.- I. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES.- 1. Alcance actual de este tipo de violencia.- 2. Causas y consecuencias de la violencia contra los menores.- **II. INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA PREVIA Y EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA VIGENTE LEY ORGÁNICA.-** 1. La insuficiencia de la normativa previa frente al maltrato hacia los menores.- 2. La dilatada tramitación parlamentaria de la vigente Ley Orgánica.- 3. El cambio de paradigma de la nueva normativa.- A) Las Observaciones doce, trece y catorce del Comité de Derechos del Niño como principios inspiradores de la nueva regulación.- B) Protección integral frente a la violencia: la nueva normativa penal con repercusiones civiles y el carácter preventivo.- C) Un principio de especial relevancia: las amplias facultades otorgadas a los servicios sociales de menores.- **III. CONCLUSIONES.**

I. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES.

I. Alcance actual de este tipo de violencia.

Lamentablemente en la actualidad la violencia ejercida contra los menores es una amarga realidad que se extiende en mayor o menor medida a lo largo y ancho de todos los Estados. Esta afirmación viene siendo constatada reiteradamente por organizaciones internacionales dedicadas a la defensa y promoción de los intereses de los más jóvenes, como es el caso de UNICEF. Esta entidad, por ejemplo, a través del informe titulado “Una situación habitual, la violencia en las vidas de los niños y adolescentes”, publicado en 2017, puso de manifiesto la incidencia de dicha lacra social. Esta investigación refleja unas cifras en relación con la violencia de una notable relevancia, las cuales merecen ser tenidas en consideración, como punto de partida del presente trabajo. Así, trescientos millones de niños con edades comprendidas entre los dos y cuatro años son sometidos a disciplina violenta por parte de sus progenitores o cuidadores, mientras que son seis de cada diez niños de entre los doce a los veintitrés meses quienes la padecen; seis de cada diez niños son sometidos a castigos físicos; mil cien millones de cuidadores han manifestado que el castigo físico es necesario en la educación de los niños; 732 millones de niños asisten a centros educativos donde el castigo corporal no está prohibido; cada siete minutos muere un adolescente en el mundo, concretamente en el año 2015 fallecieron 82.000 de forma violenta; el norte de África y Oriente Medio son las zonas más afectadas por estos trágicos fallecimientos; quince millones de mujeres con edades comprendidas entre los quince y diecinueve años afirman haber sufrido violencia sexual en algún momento de su vida¹.

Por lo que respecta a España, resulta de obligada referencia el estudio publicado por la organización Save the Children titulado “Más me duele a mí: la

¹ Disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es>, consultado el 26.4.2021.

• **María Remedios Guilbert Vidal**

Doctora en Derecho civil. Profesora de Derecho civil en la Universidad Miguel Hernández. Correo electrónico: maria.guilbertv@umh.es

violencia que se ejerce en casa", en el que se denunció que el 25% de los niños españoles sufrieron malos tratos por parte de sus progenitores o cuidadores en el año 2017. Asimismo, se apunta a que tan solo el 10% de los casos de violencia fueron denunciados².

2. Causas y consecuencias de la violencia contra los menores.

Por otra parte, en cuanto a la etiología de este execrable fenómeno, las investigaciones apuntan a la existencia de un amplio espectro de variables como factores de victimización. Así las cosas, aquellas relacionados con el menor, como sería el caso de ostentar edades inferiores a cuatro años o situarse en la etapa adolescente, no ser un hijo deseado por los progenitores o incluso presentar necesidades especiales. En cuanto a las circunstancias relativas a los cuidadores, destacaría, por ejemplo, la existencia de antecedentes de maltrato, falta de conocimientos sobre el desarrollo y crianza del menor o el consumo de sustancias tóxicas. Igualmente, resulta habitual la concurrencia de factores relacionales, aludiéndose en este punto a situaciones de desestructuración familiar o violencia ejercida en su seno, o inclusive la falta de apoyo en la educación de los hijos. Finalmente, aludiremos a las causas de tipo social, tales como las desigualdades sociales o de género, el desempleo, las dificultades de acceso a una vivienda digna, entre otros factores a los que se suele aludir en los informes especializados³. Las perniciosas consecuencias del maltrato a los menores han sido también denunciadas desde diferentes ámbitos, destacando especialmente, además de aquellas que pueden resultar letales o que pueden causar graves lesiones físicas, las secuelas de índole inmunitario y neurobiológico; la depresión, adicciones a sustancias tóxicas; obesidad; conductas sexuales de riesgo, etc.⁴. Sobre este particular, la Observación General número trece del Comité de los Derechos del Niño, también hace referencia expresa a enfermedades cardíacas, pulmonares, hepáticas y de transmisión sexual; dificultades de aprendizaje; traumas, ansiedad y destrucción de la autoestima; conductas autolíticas; comportamiento agresivo y antisocial, etc.⁵.

En este atroz escenario, donde se desarrollan un número considerable de menores, debemos añadir la actual situación de pandemia provocada por la enfermedad Covid-19 y el consecuente confinamiento vivido. Estas circunstancias han agravado considerablemente esta problemática, tal y como se viene

2 MORAL BLASCO, C.: *Más me duele a mí*, Save the Children, 2018, disponible en <https://www.savethechildren.org>, consultado el 26.4.2021.

3 Así se ha documentado en <https://www.who.int>, consultado el 27.4.2021.

4 Véase sobre este particular <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>, consultado el 27.4.2021.

5 Observaciones disponibles en <https://www.unicef.org>, consultadas el 21.4.2021, p. 233-234. Sobre los efectos físicos y psicosociales de la violencia sobre los menores véase también <https://repositorio.cepal.org>, p. 4, consultado el 28.4.2021.

evidenciando por los diferentes medios de comunicación social y las entidades dedicadas a la protección de los derechos de los menores. De este modo, se ha podido constatar que el chat de la fundación ANAR en España ha atendido en el año 2020 más del doble de casos de violencia dirigida contra los menores⁶. El informe de UNICEF de noviembre de 2020 rubricado “Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19”, ha puesto de manifiesto el sustancial incremento de los riesgos en esta materia sobre los menores debido a la correlativa disminución de los mecanismos de protección. Este empeoramiento de la situación ha sido propiciado primordialmente por las medidas que necesariamente se han adoptado en el contexto de pandemia. De este modo, se alude a los factores que han favorecido la vulnerabilidad de los menores, citándose entre otros, la limitación en la actividad económica padecida; el cierre de centros educativos; las dificultades de acceso a los servicios sanitarios; el distanciamiento físico; el consecuente incremento de las desigualdades sociales; el confinamiento familiar y finalmente el aumento en el uso de Internet⁷.

En este campo podemos destacar, asimismo, el Informe sobre los Derechos del Niño del Síndic de Greuges de Catalunya de noviembre de 2020, el cual aborda, desde una perspectiva integral, las consecuencias de la pandemia en los menores. De esta manera, se reconoce que un buen número de derechos de los menores quedaron condicionados por las medidas de contención del virus que debieron adoptarse, siendo estas consecuencias más virulentas respecto de aquellos menos favorecidos socialmente⁸.

II. INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA PREVIA Y CAMBIO DE PARADIGMA DE LA VIGENTE LEY ORGÁNICA.

I. La insuficiencia de la normativa previa frente al maltrato.

Descendiendo en este momento expositivo al ámbito de lo jurídico, la profusa regulación existente en esta materia con anterioridad a la reforma que nos ocupa, no resultó un mecanismo eficiente para la erradicación de esta intolerable lacra social. El marco normativo que presenta nuestro ordenamiento jurídico en relación con la protección de los derechos de los menores hasta la fecha ha sido ciertamente amplio pero insuficiente, habiéndose intentado, sin lograrlo, prevenir y sancionar de forma poliédrica y dispersa las distintas consecuencias jurídicas de este tipo de violencia. De este modo, encontramos una abundante regulación,

6 Así se ha informado en <https://elpais.com>, consultado el 28.4.2021. También en relación con la sobreexposición en Internet durante el confinamiento y el aumento de la violencia, véase <https://www.elmundo.es>, consultado el 28.4.2021.

7 <https://repositorio.cepal.org>, pp. 1-2 y 7, consultado el 28.4.2021.

8 Disponible en <https://www.sindic.cat>, pp. 5-6, consultado el 27.4.2021.

tanto a nivel estatal como autonómico, que pretendía dar una cobertura adecuada a las exigencias establecidas en los instrumentos internacionales suscritos por España en el ámbito que nos ocupa⁹.

En relación con esta cuestión, entre otras, podemos mencionar, en el ámbito estatal, la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 27/2006 de Educación, sin olvidar la trascendental Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁰. Igualmente, y sin ánimo exhaustivo debemos poner de relieve en el ámbito de protección de los menores contra la violencia la actual redacción del art. 154 del CC en la que se suprimió la expresa referencia al Derecho de corrección y los arts. 156, 158, 170, 172 del CC. En materia penal, específicamente, los arts. 220, 221 y 223 del CP relativos a la sustitución, venta y sustracción de menores, las lesiones y delitos contra la integridad moral padecidas en el ámbito familiar de los art. 153 y 173.2 del CP o las infracciones penales contra indemnidad sexual de los menores de los arts. 181, 183 y 186 y ss. y debiendo hacer mención expresa en este punto a los delitos contra los deberes de guarda o abandono de los arts. 226 y ss. del CP.

Ante este difuso panorama normativo, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha venido recomendando a España desde el año 2011 la adopción de una Ley de carácter integral con el objetivo de paliar la violencia ejercida contra los menores¹¹. La imperiosa necesidad de una norma de esta naturaleza ha sido también declarada en nuestro país por la fundación ANAR, tras la publicación de unas sobrecogedoras cifras en relación con el maltrato a los menores y que, dada su elocuencia, expondremos a renglón seguido. Así las cosas, debemos indicar que en los últimos años la violencia contra los menores ha aumentado un 298%; un tercio de la violencia consiste en lesiones físicas; el 70.4% de los supuestos se cometen en el hogar; uno de cada diez menores tienen conductas autolíticas habiéndose multiplicado por seis y por cuatro la ideación suicida y las autolesiones respectivamente; los abusos sexuales hacia los más jóvenes se han incrementado en un 300% y las agresiones en grupo se han multiplicado por cinco; únicamente el 10.6% de los casos de abuso sexual se denunciaron; la fundación ANAR ha atendido en 2020 1093 casos de este tipo de agresiones, habiendo aumentado notablemente su incidencia; un total de 3.803 casos de violencia fueron atendidos

9 Se puede consultar una prolija normativa autonómica en materia de maltrato hacia los menores en <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es>, consultado el 28.4.2021.

10 Destacamos la regulación contenida en los arts. 1 y 2 de la LO 27/2006. También en la LO 1/1996, como el art. 2 modificado por la LO 8/2015 y los arts. 11.2 i), 12, 14, 17 o 18 de esta norma objeto de modificación por la Ley 26/2015.

11 Documentado en <https://www.lamoncloa.gob.es>, consultado el 21.4.21.

por esta organización durante el confinamiento, habiéndose gestionado desde 2017 por el Chat ANAR 11.643 solicitudes de ayuda¹².

2. La dilatada tramitación parlamentaria de la vigente Ley Orgánica.

En cuanto a los precedentes legislativos de la presente ley, debemos hacer referencia a una iniciativa de notable relevancia, la cual puede ser calificada como el punto de partida de la presente Ley. El 7 de marzo de 2013 el grupo parlamentario Popular, Socialista, Convergència y Unió, IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia Vasco (EAJ-PNV) y mixto solicitaron al Congreso la constitución de una Subcomisión para el estudio de la violencia contra los menores (núm. expediente 158/30). El Pleno del Congreso de los diputados, en la sesión de 26 de junio de 2014 aprobó la creación en el seno de la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, de una Subcomisión para el estudio de la violencia sobre los menores. Esta Subcomisión celebró doce sesiones desde el 7 de octubre de 2014 al 23 de junio de 2015. En la misma comparecieron un total de veinticinco expertos en la materia.

Como fruto de las mismas elaboró 140 conclusiones y propuestas, publicadas en el Boletín oficial de las Cortes Generales el 2 de julio de 2015. Dichas consideraciones se realizaron, entre otras, en materia de coordinación institucional, acogida, detección y atención temprana, formación de profesionales, protección, educación, redes e Internet y grupos especialmente vulnerables. A consecuencia de este intenso trabajo, en el año 2017 los grupos parlamentarios Popular, Socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem- En Marea, Ciudadanos, Esquerra Republicana y Mixto, remitieron al Gobierno del Partido Popular un Proposición no de ley en la que se instaba al Gobierno a la elaboración, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de una ley para erradicar la violencia ejercida hacia los menores (162/447). En esta propuesta se incidió en la necesidad de una ley de carácter integral que abordase la problemática de la violencia contra los menores, dada la fragmentación de soluciones existentes en aquel momento, tal y como expresaron en su momento los grupos parlamentarios de la Subcomisión anteriormente citada y las recomendaciones del Comité de derechos del Niño. Para ello se consagra expresamente la necesidad de abarcar los aspectos preventivos, de protección y restauración de los menores víctimas de violencia, mediante un conjunto de medidas de prevención primaria, secundaria y terciaria. Dicha Proposición no de Ley denunció que 3.776 menores fueron víctimas de malos tratos, siendo 2.469 niñas; asimismo, 49 menores padecieron intentos de homicidio o asesinato, falleciendo 19 de ellos y que 3.919 menores fueron víctimas de delitos sexuales, siendo 3.068 niñas. Además, el 48% de las víctimas de estas infracciones penales son menores. En aquel momento se solicitó

12 Disponible en <https://www.anar.org>, consultado el 10.8.21.

que dicha tramitación se realizase en un período de doce meses. Al respecto resulta de interés significar que esta propuesta legislativa fue aprobada por la práctica totalidad de los representantes parlamentarios, el 12 de septiembre de 2017. El procedimiento parlamentario para la aprobación de esta norma de carácter integral se vio truncado por los avatares legislativos acaecidos en el año 2019 y que consistieron, como resulta sabido, en la disolución de las Cortes Generales, la convocatoria de elecciones el 28 de abril de dicho año, y la reiteración de los comicios el 10 de noviembre de 2019.

En el ámbito internacional, la recepción por España de las Observaciones de 2018 del Comité de Derecho del Niño supuso el acicate ideal para que se diera el impulso definitivo en la legislatura siguiente en aras a la consecución de una ley integral contra la violencia de los menores¹³. Estando ya vigente el Gobierno de coalición, el Ministerio de Derechos Sociales impulsó la iniciativa legislativa en la materia que nos ocupa, aprobándose el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia por el Consejo de Ministros el 9 de junio de 2020 y remitiéndose el mismo a las Cortes Generales. Este Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, fue sometido a un profundo debate social al ser sometido a consulta pública, según consta en el Informe elaborado al respecto, consignado como Anexo I del referido Anteproyecto. Como fruto del mismo se recibieron interesantes aportaciones de quince asociaciones, de los Consejos Generales de Colegios Oficiales de Psicólogos, del Colegio de Educadores y Educadores sociales, noventa y cinco propuestas particulares, debiéndose significar que tan sólo tres entidades públicas pusieron de manifiesto sus consideraciones al respecto, con arreglo a lo previsto en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁴.

13 Observaciones de 2018 sobre el examen de los informes periódicos quinto y sexto presentado por España.

14 Las entidades públicas que únicamente participaron en el trámite de audiencia pública el Ayuntamiento de Aljaraque, la Delegación de Bienestar Social y Empleo de la Dirección General de Acción Social del Ayuntamiento de Sevilla, y la Fiscalía Provincial de Las Palmas. En cuanto a las asociaciones, éstas que a continuación se citan son las que remitieron las consideraciones que estimaron oportunas en el trámite previsto al efecto: Confederación Española de Familias de Personas Sordas, Consejo de Participación Adolescente de Mollerusa Televisión, Plataforma de Infancia, Confederación Salud Mental España, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, UNICEF, Asociación española de Pediatría y Atención Primaria, Asociación Española de Abogados de Familia, Confederación Autismo España, Asociación El Parto es Nuestro, Fundación Ires, Educo, Pantallas amigas, Asociación Grupo de Sociología de la Infancia y la Adolescencia y Asociación Gallega Contra el Maltrato de Menores, Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, pp. 105-113. Destacaremos a continuación algunas de las propuestas recabadas más relevante. Así, la exigencia de vacunación obligatoria; cuidado del menor en su hogar hasta los dos años; imposibilidad e prescripción de los delitos de abuso sexual; derecho a la lactancia materna; Creación de un Ministerio de la Infancia; exigencia de informe psicológico a los docentes acerca de su idoneidad para el desempeño de su función; declaración de desamparo y asunción de tutela como facultades exclusivas de los órganos jurisdiccionales; prohibición de la exposición de menores en redes sociales; no aplicación del falso síndrome de alienación parental; prohibición del uso de teléfonos móviles en los centros de educativos de educación primaria y secundaria; protección frente a la hipersexualización precoz; respeto de las franjas horarias de emisión de contenidos por parte de los canales televisivos; derecho de los menores a ser atendidos por profesionales sanitarios especializados en salud mental infanto-juvenil; otorgamiento de especial relevancia a los informes emitidos por los Pediatra de cabecera; creación de Juzgaos especializados; reconocimiento de la libertad

El pasado 15 de abril de 2021, el Pleno del Congreso de los diputados aprobó con 268 votos a favor, 57 en contra y 16 abstenciones el Proyecto de LO de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, también conocida como *Ley Rhodes*, en alusión al conocido pianista británico, víctima de abusos sexuales en su infancia, y férreo defensor de la aprobación de la presente Ley Orgánica¹⁵. El texto aprobado en el Congreso incluyó el Dictamen de la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad publicado el 14 de abril de 2021. Dicho Dictamen, a su vez contenía el Informe de la ponencia, de 8 de abril de 2021 y publicado el 13 de abril del mismo año, el cual introdujo más de doscientas enmiendas y setenta y cinco enmiendas transaccionales, mediante las que se enriqueció muy notablemente el texto del Anteproyecto de Ley¹⁶. Una vez alcanzada la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica por mayoría absoluta, se remitió el texto al Senado para que continuase la pertinente tramitación. En dicha cámara el texto fue ratificado el 12 de mayo de 2021 por todos los grupos parlamentarios, con excepción de VOX, habiendo recibido 259 votos a favor, tres en contra y cero abstenciones. La citada norma fue publicada el 5 de junio de 2021, entrando finalmente en vigor el día 25 de ese mismo mes.

Una vez analizado el periplo parlamentario recorrido por la norma objeto del presente trabajo, podemos colegir que, desde sus primeros esbozos, ha contado con un amplísimo respaldo de los grupos parlamentarios existentes en cada etapa legislativa por la que ha discurrido. En cuanto a la configuración de la presente Ley Orgánica, baste ahora por indicar que nos encontramos ante una regulación que se sitúa a la vanguardia en materia de protección de los menores, dado que abarca de forma holística el amparo dispensado a los mismos frente a cualquier tipo de violencia que puedan padecer¹⁷.

3. El cambio de paradigma de la nueva Ley Orgánica.

A) Las Observaciones doce, trece y catorce del Comité de Derechos del Niño como principios inspiradores de la nueva regulación.

de enseñanza a los centros educativos; determinación en la Ley Orgánica de los indicadores de desamparo; prohibición de cesáreas no justificadas; contacto piel con piel del recién nacido; acompañamiento de los progenitores al recién nacido hospitalizado y derecho de asistencia letrada del menor extranjero no acompañado, desde que se le someta al procedimiento de determinación de edad.

15 Votos a favor de esta LO emitidos por PSOE, Unidas Podemos, Partido Popular, Ciudadanos, ERC, BNG, Compromis, Coalición Canaria, Foro Asturias, Teruel Existe, Más País y Partido Regionalista de Cantabria. En contra, VOX y PNV. Se abstuvieron JuntsxCat, EH Bildu, PDeCAT, UPN y la CUP.

16 El Dictamen del Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado por la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad, por 27 votos a favor, 6 en contra y 2 abstenciones, tal y como se recoge en la Nota de prensa disponible en <https://www.congreso.es>.

17 Se trata de una regulación sin parangón en el panorama internacional, así informado por SOSA TROYA, M., disponible en <https://elpais.com>, consultado el 16.4.2021.

En el ámbito internacional existe una prolija batería de instrumentos jurídicos suscritos por España relativos a la protección de los derechos de los menores y por ende destinados a la erradicación de la violencia contra los mismos. Sin ánimo exhaustivo, podemos citar la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990; las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño de 2009, 2011 y 2014 a las que nos referiremos con posterioridad; los múltiples Convenios del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación sexual de 2007, la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011, la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 o la ciberdelincuencia de 2001, así como también la Estrategia del citado organismo para los derechos del niño (2016-2021)¹⁸.

El Legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que analizamos, ha destacado la singular relevancia de estas disposiciones de carácter internacional como fundamentos de la nueva legislación, particularmente por lo que se refiere a las Observaciones Generales número doce, trece y catorce del Comité de Derechos del Niño. Dichas Observaciones hacían referencia, respectivamente, al derecho del menor a ser escuchado, a no ser objeto de ninguna forma de violencia y al interés superior del mismo como consideración primordial¹⁹. Dada la relevancia que otorga el texto legislativo objeto de estudio a estas disposiciones de carácter internacional, resulta de notable interés su examen y así poder contextualizar de forma adecuada la presente reforma y el cambio de paradigma que la misma supone en el ámbito que nos ocupa. Al mismo tiempo las disposiciones nacionales deberán interpretarse en consonancia con estos compromisos de ámbito supranacional suscrito por nuestro país.

Por lo que respecta a la citada Observación número trece, debemos indicar que la misma contiene, entre otros aspectos significativos, el concepto de violencia contra los menores; la tipología de los actos violentos; la configuración del término “cuidadores” y de los espacios de atención, así como todo un elenco de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas. Dicho instrumento parte directamente de la interpretación auténtica realizada del art. 19 de la Convención de Derechos del Niño han inspirado notablemente la redacción de la presente Ley Orgánica²⁰. De este modo, la referida Observación General conceptúa la violencia

18 Estos Convenios entraron en vigor en España el 1 de julio de 2010, el 1 de agosto de 2014, el 1 de agosto de 2009, el 1 de octubre de 2010 y el respectivamente. Asimismo, en el ámbito de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, debemos destacar el número 16, dedicado a promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. Y cuya meta dos se dirige a poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.

19 Observaciones disponibles en <https://www.unicef.org>, consultadas el 21.4.2021.

20 Art. 19.1: Los Estados parte 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

contra los menores como “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

Como resulta apreciable, este texto normativo define este tipo violencia en un sentido amplio, extendiéndose de esta manera sustancialmente la protección de este colectivo aquejado de una muy especial vulnerabilidad. Así, se englobarían en esta definición, tanto los malos tratos dolosos como los negligentes, así como aquellos que puedan afectar a la salud física o mental de la persona menor. Ley Orgánica de protección integral que nos ocupa, en el art. 1.2, extiende el ámbito de aplicación objetivo, dado que incluye las amenazas o interferencias al desarrollo incluso sobre social del menor, con independencia del medio o forma de comisión. Además, en el apartado 2 de dicha disposición enumera los supuestos que en todo caso se configuran como violencia, siendo algunas hipótesis un tanto superfluas, dada su especial gravedad, mientras que, en relación con otras, tales como la difusión pública de datos, aplaudimos su inclusión. En otros supuestos, la vaguedad de los términos empleados suscitará los consecuentes problemas interpretativos. De este modo la expresión “cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”.

Igualmente, dicha Observación, realiza un pormenorizado análisis de las muy diversas formas de violencia a las que puede estar sometido un menor. Así, se hace alusión a las situaciones de trato negligente, tanto físico o psicológico, tanto en materia de salud, como también en el ámbito educativo²¹. En este punto debemos recalcar, dada su actual trascendencia práctica, un supuesto específico incluido expresamente en la citada Observación. Nos estamos refiriendo con ello a la denominada violencia mental, la cual abarcaría según este texto normativo las conductas contra la integridad moral de los menores, tales como humillaciones, desprecios o violencia doméstica. En este contexto también se realiza mención explícita a la intimidación (igualmente a las “novatadas”, término empleado por

la custodia de los padres, de un representante legal o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial.

- 21 Precisamente el Síndic en su Informe anual sobre los Derechos del Niño, de noviembre de 2020 ha puesto el acento durante el tiempo de pandemia sobre el incremento de estas formas de violencia, debido a la merma de los derechos sanitarios y educativos de los menores. En este sentido se destaca la incidencia de la lista de espera pediátrica y las repercusiones de la pandemia en la salud mental de los menores, así como la brecha digital derivada de la docencia telemática, disponible en <https://www.sindic.cat>, pp. 75-80 y 32, consultado el 27.12.2021.

Esta preocupación por el acceso de los menores a los servicios educativos y sanitarios se reitera en el Informe anual de dicha institución de diciembre de 2021. En el mismo se destaca, entre otros aspectos, la reducción en la matriculación de la etapa infantil de primer ciclo, el descenso en la atención bucodental y oftalmológica, así como en la prestación sanitaria presencial y la carencia de profesionales. Finalmente se resalta la estigmatización que han sufrido los adolescentes al ser responsabilizados de la transmisión del coronavirus, pp. 45-48 y 51-54, disponible también en la referida web de dicha Autoridad territorial, consultado el 27.12.2021.

esta disposición) sobre el menor a través de las TICS, haciendo referencia explícita también al denominado acoso cibernético²².

Dada su especial prevalencia en nuestros días de este fenómeno de violencia virtual, sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos con ocasión de la novedosa regulación que presenta la Ley Orgánica objeto del presente estudio, valga de momento indicar que el *ciberbullying* existe cuando un menor resulta atormentado, amenazado, acosado, humillado, molestado de una manera u otra, por otro menor mediante el uso de Internet, tecnologías interactivas y digitales o teléfono móvil²³. Así las cosas, este fenómeno acrecienta de forma exponencial las perniciosas consecuencias del acoso escolar tradicional debido a la exposición que sufre el menor las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana y a las especiales consecuencias que agresor y víctima presentan en el hostigamiento virtual. De este modo se cita la falta de empatía y arrepentimiento o de feedback, la cosificación o la confusión de la realidad y la fantasía, falsas percepciones, normalización de la agresión, confusión relacionada con la identidad el agresor o con las causas de la violencia, etc.²⁴.

Al hilo de esta cuestión y también en materia de nuevas tecnologías, el instrumento internacional que analizamos dedica una detallada exposición sobre los abusos infligidos a los menores, grabados y posteriormente difundidos a través de las TICS; la visualización por los mismos de contenidos inapropiados en Internet; el acoso o el sex grooming ejercido por mayores sobre los menores o el phishing. Igualmente, se hace referencia a la perspectiva de los menores agresores en la Red o a la participación de los más jóvenes en juegos de azar o actividades terroristas, propiciadas por el medio virtual²⁵.

Por lo que se refiere a la tipología de los castigos y de la violencia física, debemos destacar la expresa alusión del referido instrumento internacional a las situaciones de esterilización forzada, tratamientos por aversión y provocación de lesiones con fines de explotación, tratándose éstos de unos hechos, cuyas víctimas, con mayor probabilidad, son los menores con diversidad funcional.

Por último y en consonancia con la amplia protección que pretenden dispensar las meritadas Observaciones, destacamos la inclusión como supuestos de violencia de aquellas hipótesis de abuso y explotación sexual, tortura, penas y

22 Observaciones disponibles en <https://www.unicef.org>, consultadas el 21.4.2021, pp. 230 y 235-239.

23 En este sentido, COLLELL, J. Y ESCUDÉ, C.: *Una aproximación al fenómeno del acoso escolar*, (coord. por R. BISQUERRA), Desclée, Barcelona, 2014, pp. 35-37.

24 Sobre estas cuestiones vid. AVILÉS MARTÍNEZ, J.M.: "Análisis psicosocial del ciberbullying. Claves para una educación moral", *Papeles del Psicólogo*, vol. 34, pp. 66-71.

25 Observaciones disponibles en <https://www.unicef.org>, consultadas el 21.4.2021, pp.

tratos inhumanos o degradantes, violencia entre menores, autolesiones, violencia en los medios de comunicación y en las instituciones²⁶.

Otro concepto fundamental del texto objeto de estudio 13 es el de cuidadores de los menores de dieciocho años, incluyéndose en esta noción a las personas con clara responsabilidad legal, ético-profesional o cultural respecto de la seguridad, salud, desarrollo y bienestar de los menores. Principalmente se incluye a los padres, de acogida o adoptivos, cuidadores en régimen de Kafalah, tutores, familia extensa, personal de los centros de enseñanza, cuidadores empleados por los padres, animadores, entrenadores y supervisores de asociaciones juveniles, empleadores, responsables de centros de atención sanitaria, centros correccionales, de día, hogares o residencias y el Estado en caso de menores no acompañados. En definitiva, se distinguen diversas situaciones en las que pueden hallarse los menores. A saber, emancipados o bajo la custodia de cuidadores principales o circunstanciales, o, de facto, bajo la custodia del Estado.

Un aspecto crucial y esencia del carácter integral de este instrumento internacional y que posteriormente asumirá el legislador español es la configuración de los denominados espacios de atención, como aquellos en los que los menores están supervisados por sus cuidadores principales o circunstanciales. En este sentido, se enumera el elenco de los diferentes ámbitos en los que se desarrolla el menor, tales como el hogar, los centros docentes, centros de cuidado a la salida de los mismos, instalaciones recreativas, deportivas y de esparcimiento, instituciones religiosas y lugares de culto, centros médicos, lugar de trabajo, entorno judicial, vecindarios, comunidades y asentamientos de refugiados. El legislador español sin duda se ha inspirado en estos escenarios para configurar los denominados "entornos seguros" del art. 3.m) de la Ley Orgánica que nos ocupa. Los mismos son concretados por dicha ley en la familia, los centros educativos, el ámbito deportivo y del ocio, el ámbito digital, los centros de protección, debiéndose incluir también los servicios sociales, sanitarios, policiales y judiciales, siguiéndose con ello una interpretación sistemática de la citada regulación.

En relación con esta cuestión, entendemos que existe una laguna inexplicable en la Ley Orgánica objeto de estudio, dado que debiera haberse establecido una normativa expresa relativa al ámbito religioso, espacio en el que, lamentablemente, los menores se han visto especialmente desprotegidos ante los abusos sexuales.

26 Asimismo, se destacan en la referida Observación una serie de prácticas inadmisibles sobre los menores tales como la mutilación genital femenina, ritos iniciáticos violentos, alimentación forzada de las niñas, las pruebas de virginidad, el matrimonio forzado y precoz, represalias, exorcismos, uvulectomía y extracción de dientes, entre otras. Observaciones disponibles en <https://www.unicef.org>, consultadas el 21.4.2021, pp. 236-238.

Finalmente, en materia de responsabilidad, la citada Observación determina que responsable de su seguridad es el cuidador principal, directamente o en coordinación con el cuidador circunstancial. Esta disposición, desde nuestra consideración, avala, como no podía ser menos, en el plano internacional, la hipótesis de responsabilidad compartida o solidaria de los diversos cuidadores del menor en materia de daños, al compartir las facultades tuitivas sobre el menor²⁷.

B) Protección integral frente a la violencia: la nueva normativa penal con repercusiones civiles y el carácter eminentemente preventivo.

Podemos afirmar que la norma que analizamos nace con la vocación, a semejanza de la Ley de protección integral contra la violencia de las mujeres, al tratar de abarcar diversos ámbitos en los que se puede desarrollar la violencia contra los menores y proporcionar así un elenco de medidas preventivas de forma sistemática e integrada. Igualmente, el Preámbulo de esta norma realiza especial hincapié en la perspectiva de género al poner el acento en la violencia contra las niñas en los siguientes términos “(...) Las niñas, por su edad y sexo, muchas veces son doblemente discriminadas y agredidas. Por eso esta ley debe tener en cuenta las formas de violencia que las niñas sufren especialmente por el hecho de ser niñas y así abordarlas y prevenirlas a la vez que se incide en que solo una sociedad que educa en el respeto e igualdad será capaz de erradicar la violencia contra las niñas (...)”.

Este carácter holístico de la referida norma resulta novedoso a nivel internacional, si bien debemos traer a colación, desde el punto de vista interno de nuestro ordenamiento jurídico la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana²⁸. El carácter integrador de esta norma viene proclamado en el art. 6.1 al indicar que “Las políticas integrales que se deriven de la aplicación de la presente ley exigirán la actuación coordinada de todos los sectores públicos implicados directa o indirectamente en la protección del menor y, en especial, el educativo, el sanitario, el terapéutico y el de protección social, servicios sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la abogacía de la Comunidad Valenciana, la fiscalía la judicatura, todo el personal adscrito a los centros de menores, así como las instituciones privadas de iniciativa social dedicadas a la protección y defensa de la familia, infancia y la adolescencia”. Esta norma, si bien dado su carácter general no ofrece específicamente una protección sobre los menores frente a la violencia, a lo largo de su articulado

27 Aboga por la posibilidad de compartir la guarda y educación entre diversos sujetos y por ende las eventuales responsabilidades, a propósito de la responsabilidad civil por las infracciones penales cometidas por los menores MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal. Especial consideración a la reparación del daño”, *La responsabilidad civil y su prueba*, Sepin, Editorial Jurídica, Madrid, 2007, p. 312.

28 Con posterioridad ha continuado este carácter transversal en el ámbito autonómico la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

contiene una serie de preceptos que, en sí mismos, amparan a los más jóvenes frente a las agresiones, existiendo paralelismos respecto de la norma objeto de la presente monografía. De este modo, la ley valenciana se hace eco del amplio concepto de violencia existente en el plano internacional, al establecer en el art. 9.1 que “La Generalitat adoptará las medidas pertinentes para proteger la integridad física y psíquica del menor frente a situaciones del menor frente a situaciones de maltrato, abuso, violencia, amenaza, mutilación genital, explotación sexual, laboral o económica, manipulación, utilización instrumental y acción degradante y humillante, en todo tipo de conductas, ya sea intencionales por acción u omisión como imprudentes”. Y, por otro lado, prevé una serie de medidas de salvaguarda frente a las agresiones que los menores puedan padecer en los diferentes ámbitos en los que se desarrollan. Así, destacamos, entre otras, las siguientes disposiciones: el art. 34 dedicado a los programas de prevención de la agresividad y la violencia en centros docentes, con especial referencia a la promoción de los programas de prevención de la violencia y acoso; el art. 45 sobre notificación de situaciones de desprotección por parte de los servicios y centros sanitarios; el art. 65 sobre la protección contra la explotación económica y laboral; el art. 72 protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, Internet y videojuegos o el art. 87 relativo a políticas de prevención en materia de apoyo a la familia, estableciéndose la promoción de la educación parental especialmente dirigida, entre otras, a las familias en situación de violencia.

Volviendo a la Ley Orgánica sometida a examen, debemos incidir que la misma plasma el carácter integrador apuntado con anterioridad, igualmente, mediante el establecimiento de todo un elenco de medidas civiles, penales, procesales y administrativas destinadas directamente a la prevención y detección de la violencia sobre los menores. No obstante, encontramos también otras disposiciones de carácter sancionador y reparador respecto de la totalidad de daños causados en cualquier ámbito de la persona del menor. Del mismo modo, esta esencia sistémica se desprende de la implicación que, todos los operadores, públicos y privados, deben ostentar en aras a la erradicación de la violencia contra los menores. De este modo, las administraciones, ya sea estatal, autonómica o local, han de coordinarse en cumplimiento de este designio del legislador, anunciado en el Preámbulo de la Ley Orgánica en los siguientes términos: “(...) y favorece que el conjunto de las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, refuercen su implicación en un objetivo de alcance general como es la lucha contra la violencia sobre los niños, niñas y adolescentes (...)”. Además, estas directrices se reflejan, verbigracia, en la creación de la Conferencia Sectorial para la coordinación de las actuaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores. Incluso en materia de capacitación se prescribe que tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas y los Entes locales deben proporcionar formación para la detección y tratamiento de la violencia contra los menores, regulado este aspecto en el art. 5 de la Ley Orgánica.

Por su parte, la colaboración público-privada queda reflejada en el art. 8, obligando a las Administraciones públicas a promover la colaboración con el sector privado fomentando la suscripción de convenios específicamente con los medios de comunicación, agentes sociales, colegios profesionales, confesiones religiosas y demás entidades en contacto habitual con los menores. Igualmente, en este sentido, se realiza una mención explícita al fomento de la colaboración de las empresas de tecnologías de la información y comunicación, Agencias de Protección de Datos, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Justicia para la detección y pronta retirada de contenidos que supongan violencia contra los menores.

El carácter holístico de la nueva normativa queda expresamente reconocido en el propio título de la Ley Orgánica y en su preámbulo, al determinar, por ejemplo, que: "(...) la aprobación de una ley integral sobre violencia contra los niños, niñas y adolescentes no solo responde a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en protección integral de sus personas menores de edad (...). Asimismo, cuando expone que: "(...) Además es frecuente que en estos escenarios de violencia confluyan variables sociológicas, educativas, culturales, sanitarias, económicas, administrativas y jurídicas, lo que obliga a que cualquier aproximación legislativa sobre la cuestión requiera un amplio enfoque multidisciplinar (...)". O incluso con toda rotundidad al afirmar: "(...) "Esta ley combate la violencia contra la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. La ley va más allá de los marcos administrativos y penetra en numerosos órdenes jurisdiccionales para afirmar su voluntad holística (...)".

En este orden de cosas, debemos resaltar, asimismo, dada su notable trascendencia, las nuevas previsiones de índole penal contenidas en la norma objeto de este trabajo con consecuencias también en el ámbito privado, sin olvidar la inclusión de una prolija batería de medidas de naturaleza administrativa²⁹. Este aspecto de la configuración normativa que nos ocupa confirma una vez más la naturaleza sistémica de la misma, abandonándose definitivamente de este modo una perspectiva unívoca de la problemática del maltrato.

En relación con las previsiones de índole penal, destaca especialmente, en materia de prescripción delictiva, la ampliación del dies ad quem para el cómputo de la misma en relación con determinados delitos de especial gravedad, estableciéndose a los treinta y cinco años y no a los dieciocho, como

29 Otras medidas de carácter administrativo son, además de la actuación y cooperación de las diversas administraciones entre sí y en cada uno de los ámbitos desarrollados por la norma, se prevé la creación de un Registro Central de información sobre la violencia contra los menores al que deberán suministrar información las diferentes administraciones sobre los menores, agresores y medidas adoptadas. Además deberá publicarse con una periodicidad anual un informe acerca de la violencia contra estas personas, todo ello con arreglo al art. 56 de la Ley Orgánica.

se determinaba con arreglo a la normativa anterior, tal y como establece ahora el art. 132.1 del CP³⁰. En cuanto a su ámbito objetivo, esta previsión se aplicaría a los casos de tentativa de homicidio, delitos contra la libertad, lesiones de los arts. 149 y 150 del CP, delitos contra la indemnidad y libertad sexual, maltrato habitual o trata de seres humanos. De este modo, por ejemplo, el instituto de la prescripción desplegaría sus efectos cuando la víctima contase con la edad cincuenta y cinco años, en la hipótesis de haber sido condenado el agresor a una pena entre diez y quince años, según preceptúa, entre otros supuestos, el art. 133 del CP³¹. Desde la posición que mantenemos, propugnamos la imprescriptibilidad de estos delitos, no obstante lo cual reconocemos el considerable avance legal que supone la considerable ampliación de los plazos comentados. Además, esta opción legislativa llevaría ampliaría el amparo civil sobre las víctimas, al poder reclamar las mismas la pertinente indemnización por los perjuicios causados en el seno de los procedimientos penales instados sin límite prescriptivo.

Por otra parte, en materia de violencia familiar, se recoge de forma pionera por el texto legal que comentamos, la denominada violencia vicaria, la cual por expresa voluntad del legislador queda incluida en el concepto de violencia de género, a través de la disposición final décima modificativa del art. 1, añadiendo el apartado 4, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³². De este modo, se determina explícitamente el objetivo de este tipo de agresiones y los sujetos pasivos de la misma: “La violencia de género a que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objeto de causar perjuicio o daños a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”. Es decir, la agresión se ha de llevar a cabo por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges, o estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, sin que se requiera convivencia para ello.

Como consecuencias penales que inciden directamente en el derecho de familia, debemos destacar la obligación que el nuevo art. 140 bis del CP impone a la autoridad judicial de aplicar la privación de la patria potestad en caso de asesinato u homicidio doloso en dos supuestos concretos. Por una parte, cuando la víctima y el agresor tuvieren un hijo en común. Y por otra, en la hipótesis de ser

30 En caso de fallecimiento de la víctima, el cómputo de la prescripción se iniciaría a partir de ese momento.

31 Art. 133: 1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves.

32 Esta norma fue modificada por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio al reconocer expresamente a los hijos menores, menores sujetos a su tutela, o guardia o custodia como víctimas también de la violencia de género.

la víctima hijo del agresor y existiesen otros. En este orden de cosas, el art. 46 del CP establece que la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de su titularidad, pero con la particularidad de poder conservarse aquellos derechos de los menores que se determinen por el órgano jurisdiccional. Para la determinación de estos derechos subsistentes, el segundo párrafo de la mencionada disposición hace referencia a “la valoración del interés superior del menor en relación con las circunstancias del caso concreto”. Como fácilmente se desprende, ante la ausencia de un catálogo de derechos susceptibles de ser mantenidos, el legislador ha optado por una cláusula general, concediendo a la autoridad judicial un amplio margen de discrecionalidad para decidir, al abrigo del interés superior del menor.

Por su parte, el art. 49 del CP al regular la pena de trabajos en beneficio de la comunidad prevé la posibilidad de su cumplimiento en forma de programas formativos de resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva, y otros similares. De notable interés resulta igualmente la previsión de inclusión de estas medidas en el art. 83.1.6 del CP como condición para la suspensión de la pena impuesta. Desde esta perspectiva, entendemos que existen hipótesis, que, por sus características o menor intensidad lesiva aconsejen la adopción de esta medida, frente a las perniciosas consecuencias de la pena de alejamiento del menor prevista, verbigracia, en el art. 57 del CP, como pena accesoria impuesta al progenitor que cometa alguno de las modalidades típicas del art. 153 del mismo *corpus* legislativo, que además también supondría el cese de la relación indefectiblemente respecto de otros hijos si los hubiese y por ende la desintegración del núcleo familiar.

En materia de perdón del ofendido, como reflejo de una limitación de la capacidad del menor operada en su propio beneficio, destaca la novedad que supone la ausencia de efectos extintivos de la responsabilidad penal, cuando se trate de delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales, según se contempla ahora en el art. 130.1.5º del CP.

En relación con el delito de sustracción de menores, el art. 225 bis del CP, apartado dos considera en que existe esta situación cuando se den alguna de las dos circunstancias siguientes. Bien, el traslado del menor a del lugar de su residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de quien esté encargado de su guarda o custodia; bien, cuando se le retenga incumpliendo gravemente un deber establecido en resolución administrativa o judicial. La primera de las hipótesis se incardina con la modificación del art. 154.3º del CC, mediante la que se determina la decisión del lugar de residencia del menor deberá ser consensuado por ambos progenitores, o en su defecto por la Autoridad judicial. Respecto de la segunda de las hipótesis debemos hacer mención a la criminalización de aquellas conductas, generalmente llevadas acabo por parte de los progenitores que impiden la asunción de la tutela ope legis a favor de la administración en los supuestos de

desamparo. En estos supuestos podría alegarse la infracción del principio non bis in idem, dado que también resultaría posible la aplicación en estos casos del delito de desobediencia a los agentes de la autoridad.

Otra nota definitoria de la Ley Orgánica analizada en el presente trabajo es su esencia fundamentalmente preventiva. Ello es así debido a que el mantenimiento de un enfoque eminentemente punitivo y sancionador presupondría el fracaso del sistema, al haberse verificado previamente el daño sobre el menor. Además, debemos subrayar que los perjuicios padecidos son en no pocas ocasiones irreparables, dada la extrema vulnerabilidad de las víctimas. Esta concepción integral y preventiva de la violencia refleja, una vez más, el espíritu de la Observación n° 13, la cual expresamente establece como objetivo II.c) “Dejar de adoptar iniciativas aisladas, fragmentadas y a posteriori de atención y protección del niño, que apenas han contribuido a la prevención y eliminación de todas las formas de violencia”, a la par que reconoce en el subsiguiente apartado d) la promoción de un enfoque holístico de la aplicación del art. 19.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica determina que “(...) Desde una perspectiva didáctica, 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 (...). Como podemos apreciar de la dicción del texto legal, se recogen una vez más las pautas desarrolladas por la Observación número trece, al ponerse el acento en la dimensión preventiva de la problemática del maltrato.

Como fruto de estas premisas, el art. 23 de la presente Ley Orgánica recoge las previsiones fundamentales en materia de prevención, obligando a las administraciones públicas a la realización de planes y programas en este campo, con medidas específicas en relación con todos los ámbitos, debiendo identificar conforme a los factores de riesgo a los menores en situación de especial vulnerabilidad y a los grupos específicos de alto riesgo con el objeto de priorizar medidas y recursos. Expresamente se incluyen, entre otras, como actuaciones preventivas las dirigidas a la promoción del buen trato; formación sobre parentalidad positiva; detección de procesos de exclusión; mitigación de factores de deterioro familiar; eliminación de situaciones de desprotección; promoción de información y participación de los menores en esta materia; fomento de la conciliación familiar; del conocimiento de la Convención de Derechos del Niño, de las relaciones igualitarias y de la seguridad; formación de profesionales en atención a los menores, etc.

Esta disposición se complementa con el art. 24 de la norma objeto de estudio, en el que se plasma la notable preocupación del legislador por evitar la radicalización de los menores frente a los procesos en los que prime el aprendizaje

de modelos de conductas violentas o delictivas, incorporando en su preservación la dimensión de género y edad. En este supuesto, dada su amplia configuración, podría incluir desde hipótesis de fanatismo religioso o político hasta la pertenencia a bandas juveniles violentas o incluso estilos parentales autoritarios.

En esta materia acabamos de aludir el principio fundamental de buen trato que ha de dispensarse a la persona menor, el cual por su omnipresencia a lo largo del texto legal merece una especial mención. Dicho axioma, de nuevo cuño elaborado por el legislador, queda definido en el art. 1.3 de la norma objeto de análisis, en los siguientes términos: “Se entiende por buen trato a los efectos de la presente ley aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueva activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derechos a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación”. Con esta previsión el acento se posa, no sólo en la prevención del maltrato, sino en la obligación de dispensar al menor un trato correcto, adelantando con ello las barreras de protección sobre los menores. Dicha máxima se reitera en diversas ocasiones a lo largo del articulado de la Ley Orgánica. Así, el art. 3.3 al referirse al apoyo especializado que deberá recibir el agresor para evitar la reincidencia. Igualmente, el art. 5.1.d) en materia de formación a los profesionales que mantengan contacto habitual con personas menores de edad. El art. 23.1, en materia de prevención al preceptuar que: “(...) En todo caso, tendrán la consideración de actuaciones en materia de prevención las siguientes: a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes (...)”. De igual modo, el art. 26.3, dedicado a la prevención de la violencia en el ámbito familiar, al preceptuar que “(...) Las medidas a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y la parentalidad positiva (...)”. Por su parte, el art. 31 al determinar que el plan de convivencia de los centros educativos: “(...) se incluirá la adquisición de habilidades, sensibilización y formación de la comunidad educativa, promoción del buen trato y resolución pacífica de conflictos (...)”. Igualmente, el art. 38.1 sobre actuaciones en el ámbito sanitario establece que las administraciones sanitarias en el seno del Consejo Interterritorial de I Sistema Nacional de Salud, promoverán e impulsarán actuaciones para la promoción del buen trato a la infancia y la adolescencia (...)”. También resulta de interés en este punto el apartado dos de la referida disposición, al obligar a dichas administraciones a promover la elaboración de protocolos que faciliten la promoción del buen trato. Y el art. 50.2 g) al prever que se dispensará buen trato al niño, niña o adolescente en el ámbito de actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. No obstante, existen ámbitos como el relativo a los centros de protección de menores del Título IV en el que entendemos que debió también haberse incluido expresamente el principio de buen trato al menor.

Resulta de obligada referencia, como pilar fundamental por lo que respecta a la prevención de la violencia que analizamos, la creación por parte del legislador de unos espacios seguros. Con esta previsión la Ley Orgánica pretende ofrecer al menor la adecuada protección, en todos y cada uno los distintos escenarios en los que pueda desenvolverse, en consonancia con el espíritu de prevención de la violencia que inspira a la normativa que nos ocupa. De esta manera, en primer término, el Preámbulo determina que el capítulo II del Título III recoge los diferentes ámbitos de actuación. De este modo, el art. 23.1, dedicado a la prevención, determina que: "(...) Estos planes y programas comprenderán medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (...)". A los que debemos incluir los centros de menores y el ámbito judicial, desde una interpretación sistemática de la Ley Orgánica.

Así, el art. 26 de la Ley Orgánica, en relación con la prevención en el ámbito familiar, establece una serie de medidas para crear un entorno saludable; igualmente, el art. 31.3 referente a las pautas necesarias para lograr que los centros educativos se erijan en entornos seguros; por su parte, el art. 46.2 sobre la colaboración con el sector privado para la creación de entornos digitales seguros; el art. 47 en relación con la creación de un entorno seguro en el ámbito deportivo y del ocio mediante los preceptivos protocolos y el art. 53.1 al afirmar este precepto categóricamente que los centros de protección de personas menores serán entornos seguros.

En aras de la prevención de la violencia, juegan un papel esencial la sensibilización de todos los agentes sociales frente a esta problemática y la detección precoz de la misma. A estos efectos debemos indicar que la ley que nos ocupa dedica el Título III a estos aspectos. Así, el capítulo I del mismo, concretamente en el art. 21 preceptúa la creación de una Estrategia Nacional plurianual aprobada por el Gobierno a propuesta de la Conferencia Sectorial de la infancia y adolescencia. Además, la misma deberá ser elaborada en consonancia con la Estrategia Nacional de Infancia y Adolescencia, contando con la participación del Observatorio de la infancia, entidades del tercer sector, sociedad civil y especialmente la participación de los menores, destacando con esta previsión su consideración como sujetos de derechos a través del Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia. Igualmente resulta loable la previsión de elaboración de un informe anual de evaluación de la Estrategia Nacional sobre su grado de cumplimiento y eficacia, conteniendo datos estadísticos públicos sobre la violencia hacia los menores. Consideramos que en esta materia resulta imprescindible conocer, para poder orientar las políticas legislativas, la prevalencia real mediante estudios periódicos de carácter público, dotados una metodología unívoca que reflejen, entre otras cuestiones, la tipología de las agresiones padecidas, factores de vulnerabilidad de las víctimas, de criminalidad, espacios victimógenos, mecanismos

adoptados de prevención, detección y denuncia en los distintos escenarios de protección, etc. Por su parte, el capítulo II, relativo a la sensibilización en este ámbito, obliga en el art. 22 a las administraciones públicas a promover campañas concretas de información evaluables y basadas en la evidencia destinadas a la sociedad para concienciarla del derecho del menor a recibir un buen trato. Estas acciones deberán incluir medidas contra las conductas que favorecen la violencia en sus distintas manifestaciones, haciéndose una previsión especial al ámbito de Internet. Y debiéndose además estar estas campañas diferenciadas por tramos de edad para garantizar su acceso, especialmente de los menores con discapacidad necesitados de apoyos específicos.

Y, por otro lado, resulta crucial en materia de detección precoz, la adecuada formación de los profesionales que se encuentren en contacto con los menores y de éstos mismos, de tal manera que puedan ser capaces de percibir esta violencia, en ocasiones extremadamente sutil, incluso los primeros estadios de su desarrollo, de tal manera que permita accionar los correspondientes mecanismos para su erradicación. En este sentido, el art. 25 de la Ley Orgánica, en los apartados 1 y 3 obliga a las administraciones públicas a desarrollar los correspondientes programas de formación continuada. En materia de capacitación, debemos reseñar el mandato que dirige el legislador a la Educación Superior. En este sentido, el art. 36 del referido texto normativo obliga a la promoción en todos los ámbitos académicos de la formación, docencia e investigación de los derechos de los menores y de la lucha contra la violencia sobre los mismos, así como también la inclusión de contenidos específicos en los planes de estudio relativos a la prevención, detección precoz e intervención en materia de violencia hacia los menores. Al hilo de esta cuestión el art. 37 de la norma objeto de análisis, incluye en el seno de las actividades del Consejo de Universidades la promoción de los contenidos incluidos en el referido art. 36.

C) Un principio de especial relevancia: las amplias facultades otorgadas a los servicios sociales de menores.

Analizaremos en este punto expositivo una proposición esencial que, como punto de partida, resulta robustecida por la Ley Orgánica que nos ocupa. Con ello nos estamos refiriendo a la notable extensión de facultades que se otorgan a determinados funcionarios de los servicios sociales que prestan sus servicios en este ámbito y por ende a las Entidades públicas de protección de menores. En este sentido, se destaca explícitamente desde un principio, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica que analizamos, que el capítulo VII de la misma viene a reforzar el ejercicio de las funciones de protección de los menores por parte de los funcionarios que desarrollan su actividad profesional en los servicios sociales.

Esta tendencia de evidente fortalecimiento de la posición de la Administración, se aprecia también en la regulación de las situaciones de desatención en las que puede verse inmerso un menor, dado que se consolida el carácter continuista de la actual regulación, al persistir por ejemplo la dicotomía entre los conceptos de riesgo y de desamparo. Igualmente, la vigente regulación sigue adoleciendo de una notable dosis de indeterminación conceptual y la consiguiente carencia de seguridad jurídica. La consecuencia directa que se deriva de esta circunstancia es la conservación por parte de la Administración de amplias facultades para la apreciación de las situaciones de riesgo para el menor. Sentado lo anterior, debemos apuntar igualmente que la nueva regulación realiza un esfuerzo por acotar la tipificación de los denominados indicadores de riesgo, los cuales con anterioridad no estaban expresamente recogidos por la legislación precedente, si bien, como señalamos, la vaguedad conceptual perdura en el texto normativo. De este modo la disposición final octava, apartado cinco, de la Ley Orgánica objeto de estudio recoge el concepto de situación de riesgo y hasta trece de los mencionados indicadores de riesgo, los cuales carecen en ocasiones, de una depurada técnica legislativa que en el ámbito al que se refiere resulta especialmente necesaria.

Respecto de la definición de la meritada situación, heredada directamente de la establecida por la Ley 26/2015, debemos señalar que se ha procedido a la sustitución de “el menor” por la “persona mayor de edad”, acogiendo una terminología más inclusiva. Esta mutación subraya al mismo tiempo su naturaleza de persona, enfatizando a nuestro modo de ver, el *status* de igualdad que ostenta este sujeto respecto de los mayores de edad. Y ello pese a las lógicas limitaciones que deban existir en relación con su capacidad de obrar, las cuales se hallan encaminadas precisamente a la protección de su persona y patrimonio. Por lo que se refiere a específicos indicadores de riesgo establecidos por la nueva normativa, no se comprende el alcance exacto de términos normativos abiertos, tales como perjuicio leve; cambio de circunstancias de forma evidente; perjuicio para su bienestar; escasas oportunidades de ocio; castigo habitual y desproporcionado; pautas de corrección violentas, los cuales necesariamente deberán ser acotados por la jurisprudencia al abordar los casos particulares que se susciten. En concreto los apartados a) y b) del nuevo art. 17.2 de la Ley de Protección jurídica del Menor resultan difícilmente deslindables. Y ello es así porque el primero de ellos contiene la falta de atención física o psíquica que comporte un perjuicio leve, mientras que el apartado b) hace referencia la negligencia en el cuidado de los menores, supuesto en el que bien pudiera circunscribirse el apartado a), haciendo con ello innecesaria la proliferación de la casuística que contiene la referida norma. Tampoco se comprende la previsión referente a los ingresos múltiples en distintos hospitales con síntomas recurrentes e inexplicables, dado que estas circunstancias también pueden acaecer en un mismo hospital y tratarse de episodios de efectivos malos tratos hacia el menor.

En relación con el indicador referido a la no aceptación de la orientación sexual del menor, debemos preguntarnos cuáles serían los límites de ese rechazo o, dicho de otro modo, qué conductas de los responsables del menor corroborarían dicha desaprobación. De este modo queda sin especificarse, por ejemplo, si la simple consulta médica sobre estos aspectos de la vida del menor podría quedar subsumida en el supuesto que nos ocupa, dada la notable imprecisión de la previsión normativa. Por su parte, también se tipifica como factor de riesgo el consumo habitual de sustancias tóxicas por parte de los menores, sin que se concrete tampoco qué ha de entenderse por consumo habitual a los efectos de la presente ley.

En cuanto a la exposición de los menores a “cualquier situación” de violencia doméstica o de género, entendemos que la misma igualmente denota una excesiva vaguedad. De este modo, se podrían incluir el visionado de materiales audiovisuales en los que exista una trama de violencia de este tipo, independientemente de su intensidad. O incluso la presencia de una discusión aislada de los progenitores o entre hermanos con cierta dosis de confrontación. Y finalmente, en este campo, debemos hacer obligada referencia a la cláusula de cierre contenida en el último apartado de este nuevo artículo en la que se recoge en términos amplísimos, cualquier circunstancia, que, a juicio de la Administración, implique violencia sobre el menor y que en caso de persistir pueda evolucionar y derivar en su desamparo. En definitiva, con esta previsión, se da vía libre para que la Administración pueda crear los factores de riesgo que estime pertinentes, pudiendo quedar en papel mojado los esfuerzos por tipificar estas conductas.

Por otra parte, llama también poderosamente la atención el hecho de que en la citada disposición se haga referencia a supuestos de diversa índole y gravedad, como indicios de dicha situación de desatención. De esta manera, encontramos las referencias a situaciones de diverso calado como puede ser el caso del perjuicio leve, junto con el riesgo de sufrir mutilación genital femenina o la exposición a cualquier situación de violencia de género o doméstica. En este campo, debemos indicar que la tipificación de las situaciones de riesgo, no obstante los defectos apuntados con anterioridad, permite en todo caso un avance hacia el deslinde entre esta institución y el desamparo, siendo esta separación conceptual absolutamente necesaria, dadas las gravosas consecuencias previstas para la declaración de desamparo. Así las cosas, dada la preceptiva separación del menor de su núcleo familiar que prosigue al pronunciamiento de desamparo, éste quedar reservado a contextos gravísimos de desatención del menor, debiéndose además interpretar restrictivamente este concepto jurídico³³.

33 Interpretación restrictiva apuntada por NORIEGA RODRÍGUEZ, L.: “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. I, p. 129.

Como se puede apreciar, la ambigüedad y vaguedad normativa provoca importantes dificultades a la hora de deslindar una mera situación de riesgo respecto de aquella en la que el menor se encuentra desamparado. Esta problemática propicia que se declaren situaciones de desamparo indebidamente, con las irreparables consecuencias que ello puede conllevar.

Por otra parte, por lo que respecta al cauce procedimental para la declaración de las citadas situaciones de desprotección de los menores, debemos indicar que persiste la configuración basada en la inicial toma de decisión por parte de la Entidad Pública de protección y la intervención *a posteriori* de la Autoridad Judicial. Este esquema de actuación implica que el control jurisdiccional se lleva a efecto cuando las medidas de protección ya han sido adoptadas por la Administración, sean éstas justificadas o no. Sobre esta delicada cuestión, debemos realizar obligada referencia a las voces de denuncia que se alzan declarándose perjudicadas por la adopción de decisiones, tan gravosas como es la separación del menor de su núcleo familiar, decretadas injustificadamente por la Administración³⁴. En el fondo de buena parte de estos casos, late, entre otros condicionantes, la ausencia de control judicial *a priori* y las dificultades apuntadas con anterioridad sobre el deslinde de los conceptos de riesgo y desamparo, por no mencionar la repercusión mediática que algunos de estos casos han tenido, tal y como indica la doctrina especializada³⁵.

En el caso concreto de la declaración de desamparo, la consecuencia jurídica inmediata de su apreciación es de extrema gravedad, dado que se prevé la asunción automática *ex lege* de la tutela por parte de la Administración y la subsiguiente separación de los menores de su familia de origen, decretándose para su protección el tipo de acogimiento que mejor se adapte a las necesidades de los mismos, bien familiar en el seno de la familia extensa o ajena, bien residencial. Desde nuestra consideración, entendemos que, el superior interés del menor y el derecho del mismo de permanecer en su familia de origen, avalan con creces la necesidad de la adopción de un procedimiento de extrema urgencia, cuyas consecuencias además sean decididas *ab initio* por la Autoridad Judicial y tuteladas permanentemente también por el Ministerio Fiscal, como garantes de los intereses de los menores. Sobre este particular y en consonancia con la línea exegética que postulamos, la Ley Orgánica objeto de estudio establece en la disposición final novena, otorgando con ello una nueva redacción al art. 779 de la LEC, que los procedimientos de oposición tendrán carácter preferente y deberán realizarse en un plazo de tres

34 Sobre las presuntas ilegalidades en materia de declaración de abandono véase <https://www.lavanguardia.com>. Asimismo, esta situación se ha denunciado en <https://www.elmundo.es>, consultado el 20.10.2021.

35 Vid. sobre esta cuestión BENAVENTE MOREDA, P.: "Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego", *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 16-19, disponible en <http://afduam.es>, consultado el 20.10.2021.

meses desde la fecha en que se hubiesen iniciado³⁶. Asimismo, la acumulación de procedimientos con arreglo a la legislación vigente no es causa para la suspensión del meritado plazo³⁷. Con ello el Legislador ha pretendido dotar una vez más de una especial celeridad a la resolución de este tipo de controversias, dadas las perniciosas consecuencias para los menores en los supuestos de adopción injustificada de medidas administrativas que pueden llegar a la desintegración del núcleo familiar y el consecuente desarraigo del menor respecto del mismo.

No obstante estas mejoras, la actual regulación se consolida el sistema anterior basado en la intervención judicial a posteriori, una vez ejecutada la medida de protección decretada por la Administración. Ante este escenario y en aras a la evitación de situaciones injustas, entendemos que, desde un primer momento, los afectados por dicha resolución deberían contar, como garantía procesal, con la preceptiva asistencia Letrada para la interposición del escrito de iniciación de la tramitación jurisdiccional, requerido por el art. 780.2 de la LEC. Incluso, esta previsión debiera extenderse al procedimiento administrativo, para que, desde un primer momento, se pudiese rebatir por los afectados la argumentación planteada por parte de la Entidad Pública de protección para adopción de las medidas de protección propuestas. No debemos dejar de mencionar que el expediente administrativo que se remite al Juzgado resulta en no pocas ocasiones, en gran medida elaborado por la propia Administración, conteniendo los informes de funcionarios especializados adscritos a la misma.

Es por ello que consideramos imprescindible la inclusión expresa en el articulado que comentamos del derecho de acceso inmediato al expediente administrativo de declaración de desamparo una vez conocida su incoación y en cualquier estado del procedimiento, tanto de los representantes del menor como del mismo, si contase con una edad superior a doce años. No debemos obviar las especiales dificultades socioeconómicas que presentan con asiduidad las familias afectadas por las declaraciones de desamparo de los menores, las cuales carecen en innumerables ocasiones de los medios necesarios para poder realizar, por ejemplo, informes psicológicos de parte. De ahí deriva que el fundamento de sus pretensiones se base generalmente en las manifestaciones de las personas más cercanas a la familia. Esta parquedad probatoria contrasta con los informes especializados con

36 Además, se consigna un plazo para la oposición de dos meses desde su notificación, el cual unido a los tres meses durante los que se ha de resolver necesariamente, computan un lapso máximo de cinco meses en los que podría, en hipótesis, estar el menor separado de su familia, siempre que la resolución final fuese favorable a la postura de los opositores. Ello además supone que, de tratarse de un menor de tres años deberá ser revisada la medida adoptada, si es de carácter no permanente, dentro de los primeros tres meses desde su establecimiento, con arreglo a lo dispuesto en el nuevo art. 12.7 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

37 El art. 780.6 de la LEC, posibilita la acumulación de procedimientos ante el Juzgado que conozca del más antiguo, pudiéndose decretar incluso de oficio y pudiéndose incluso no suspenderse la vista señalada si fuese posible tramitar todos los procedimientos dentro del señalamiento fijado, según la nueva redacción establecida por la Ley Orgánica que nos ocupa.

los que cuenta la Administración y que son aportados con posterioridad ante el órgano jurisdiccional. Asimismo, los representantes de los menores se encuentran en la necesidad de solicitar la asistencia de Letrados del turno de oficio, con las habituales dilaciones que conlleva este tipo de nombramiento y la consiguiente ampliación de los tiempos de separación del menor respecto de su familia.

Igualmente, mostramos nuestro profundo desacuerdo con el escaso plazo de cinco días concedido a los representantes del menor para la interposición de la demanda, dada la complejidad del estudio del expediente administrativo remitido al Juzgado y las dificultades prácticas para la obtención del material probatorio necesario que habrá de aportarse para avalar la postura de dichos opositores. Recordemos, por ejemplo, sobre esta particular, que la Administración ostenta un plazo de diez días para la remitir el testimonio completo del expediente al Juzgado.

Íntimamente relacionada con estas cuestiones, resulta también especialmente relevante desde la perspectiva iuscivilista, la problemática de la determinación del daño moral en los supuestos de separación del menor indebidamente decretadas por la Administración como consecuencia de una situación de desamparo indebidamente declarado. Sobre esta cuestión, cuyo análisis pormenorizado desbordaría el objetivo del presente trabajo, debemos apuntar que la doctrina destaca la ausencia en nuestra jurisprudencia de criterios de valoración económica aplicables para la determinación de dicha compensación, así como la tendencia al establecimiento de la misma a tanto alzado³⁸.

Para concluir con la presente reflexión sobre las extensas prerrogativas concedidas a los servicios de protección de menores, subrayaremos que el peso específico que se concede a los mismos alcanza su máxima expresión a través de la atribución de la condición de agentes de autoridad a determinados funcionarios adscritos a los mismos. La Ley Orgánica que nos ocupa justifica explícitamente esta postura sobre la base de posibilitar la eficacia de sus funciones, dado que los menores pueden verse expuestos no sólo a violencia, sino también a situaciones de alta conflictividad, como las relacionadas con la retirada del menor de su núcleo familiar a consecuencia de una situación de desamparo, tal y como se consigna en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica que nos ocupa.

El reconocimiento expreso de estos funcionarios como agentes de la autoridad comporta unas consecuencias jurídicas de enorme calado. En primer término, les posibilita recabar auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para el cumplimiento de sus funciones tal y como preceptúa el art. 41 de la Ley Orgánica objeto del presente análisis. De este modo se faculta a los

38 En este sentido MARÍN GARCÍA, I./LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo", *Indret*, p. 31, disponible en <https://raco.cat>, consultado el 20.10.2021.

agentes de la autoridad referidos para solicitar dentro de su ámbito geográfico, la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los servicios sanitarios y de cualquier otro servicio público que se estime necesario para su intervención. Esta previsión comporta que, de tratarse de servicios sociales municipales, tal auxilio únicamente podrá ser prestado en dicho espacio sobre el que prestan sus servicios asistenciales. De ser necesario la intervención de estas Fuerzas y Cuerpos en un ámbito competencial distinto habrá de seguirse los preceptivos mecanismos de cooperación entre las distintas Administraciones concernidas.

Este deber de colaboración coordinada y constante de las distintas Administraciones públicas se encuentra expresamente recogido en el art. 3 k) de la Ley Orgánica que nos ocupa, como uno de los fines de esta norma y desarrollado en art. 6.l de la misma norma, al objeto de lograr una eficaz actuación en materia de prevención, detección precoz, protección y reparación de los menores víctimas de violencia.

Además de esta prerrogativa, dos son las cuestiones que, dado su enorme calado, trataremos con especial detenimiento en este momento expositivo. Por un lado, la obligación de cumplimiento de las órdenes que dicten estos funcionarios y las consecuencias de su desobediencia en sede penal. Y, por otra parte, la posibilidad de aplicación de la denominada presunción de veracidad a los informes que elaboren dichos agentes.

Con carácter previo deviene necesario realizar algunas precisiones en torno al concepto de agente de la autoridad. En esta materia partiremos del art. 4l del texto legal que nos ocupa, dado que el mismo especifica que dicha consideración se concederá a los funcionarios de los servicios sociales en el ejercicio de sus funciones relativas a la protección de niños, niñas y adolescentes. De acuerdo con el contenido de esta disposición, podemos colegir prima facie que no todo funcionario perteneciente a los servicios sociales ostentará tal calificación. A sensu contrario, se excluirá del concepto de agente de la autoridad otras tipologías de funcionarios que desarrollen su actividad en los servicios sociales, pero en ámbitos diversos al de la protección de menores.

La delimitación de la figura del agente de la autoridad requiere el análisis de los rasgos definitorios de la Autoridad. Así, ésta se caracteriza por estar dotada de mando y jurisdicción propia. Entendido el primero de estos atributos como capacidad de imponer lo ordenado en el ámbito público. Por su parte, el segundo se asentaría sobre facultad de ordenar la ejecución de las decisiones emanadas en asuntos de las propias competencias atribuidas a dicha Autoridad. Pudiéndose

colegir que el agente de autoridad ejecuta aquello que prescribe la Autoridad, al actuar como su representante o mandatario³⁹.

A mayor abundamiento, debemos señalar que, en relación con los funcionarios de los servicios sociales que ejerciten funciones de protección de menores, éstos deberán ejecutar órdenes dimanadas de la Autoridad para ser considerados agentes de la autoridad⁴⁰. Por consiguiente, podemos deducir que los funcionarios adscritos a los servicios sociales de protección de menores que realicen funciones meramente administrativas, tales como la llevanza de libros y registros, contabilidad, etc., no podrán ser reputados, en modo alguno, como agentes de la autoridad, dado que no realizan funciones ejecutivas.

A continuación, y por lo que respecta a la obligación de acatar los mandatos emanados de estos funcionarios de los servicios sociales, debemos señalar que de su incumplimiento se deriva directamente la tipicidad de una serie de figuras delictivas que pretenden proteger, según un sector de la doctrina, el bien jurídico consistente en la paz de las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana⁴¹.

En este orden de cosas y en relación también con el concepto de agente de la autoridad establecido en sede penal, debemos hacer mención a la especial protección que de los mismos efectúa dicho corpus normativo al considerarlos sujetos pasivos de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, regulados en los arts. 550.1, 554.2, 556 y 557 bis. A estos efectos, debemos indicar que estos tipos no agotan el amparo dispensado a estos agentes. Valga como ejemplo de lo que comentamos el art. 215 relativo a la persecución de oficio de los delitos de calumnia e injuria, cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

Como se puede apreciar otro fundamento de esta tipificación residiría en la especial tutela que el texto punitivo brinda a los sujetos que desempeñan funciones públicas de carácter ejecutivo, frente a las agresiones que puedan sufrir con ocasión del ejercicio de sus tareas. Ahora bien, el hecho de que penalmente se postule por un sector de la doctrina ampliar, en ocasiones, el círculo de sujetos pasivos del delito incluso a determinados particulares que colaboran con la Administración, considerándolos agentes de la autoridad, obedece al carácter autónomo del

39 Sobre esta cuestión véase MUÑOZ GARCÍA, S.D./MEDINA PÉREZ, P.: *La figura del agente de autoridad y su relación con la policía judicial*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 24-29 y 36.

40 Este razonamiento en el ámbito que nos ocupa, parte de las premisas apuntadas por CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el art. 24 del Código Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, p. 18.

41 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 805.

Derecho penal, que, conforme a sus fines, puede considerar pertinente dicha extensión⁴².

Para concluir el análisis que nos ocupa en este apartado, deviene necesario analizar la problemática que suscita la denominada presunción de veracidad de las actas, informes y denuncias que pudieran ser emitidos por los funcionarios de los servicios sociales dotados del carácter de agentes de la autoridad. Para tratar de dilucidar esta cuestión, debemos examinar en primer lugar el valor probatorio de los documentos públicos. Así, están dedicados a esta materia los arts. 317 a 323 de la LEC (y también los arts. 1216 a 1224 del CC de forma más escueta y en referencia a los documentos notariales y a los expedidos por funcionarios públicos). Concretamente el art. 317 de la LEC, números 5º y 6º, regula los documentos públicos administrativos expedidos por funcionarios públicos que estén dotados de la capacidad para dar fe, por lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, y también a archivos y registros. El efecto probatorio de estos documentos públicos es el de erigirse en prueba plena en relación con del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella, con arreglo a lo dispuesto en el art. 319.1 de la LEC. No obstante, esta fuerza probatoria reconocida por esta disposición se refiere únicamente a lo percibido por el fedatario público y no a la verdad intrínseca del documento. De esta manera, la contraparte puede desvirtuar a través de otros medios de prueba el valor probatorio de las manifestaciones de las partes contenidas en el documento público, dado que no se configura en este caso una presunción iuribus et de iure⁴³.

Asimismo, el art. 319.2 de la LEC hace referencia a los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317. En estos supuestos, los documentos a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, tendrán la fuerza probatoria que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado. Así las cosas, queda establecida la presunción de veracidad de estos documentos administrativos en defecto de ley que determine su fuerza probatoria.

42 Así, MAPELLI CAFFARENA, B., quien apuesta por un concepto amplio de agente de agente de la autoridad, al conceptualarlo como aquella persona que participa de la función pública con independencia de sus cualidades personales, circunstancias que le motivan a actuar o el contenido del servicio que presta, "El agente de la autoridad en el Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 126, III, Época II, diciembre 2018, p. 50. No obstante, otros autores mantienen la idea de reconducir al concepto de funcionario al agente de la autoridad, tal y como postulan CARRASCO ANDRINO, M.M/ ÁLVAREZ, J.: "Los sujetos", cit., pp. 20 y 21.

43 En este sentido vid. GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 576.

Por consiguiente, los documentos emitidos por funcionarios de los servicios sociales con funciones en el ámbito de los menores y provistos de facultades ejecutivas, no entrarían en los supuestos de documentos públicos con prueba plena del art. 317 de la LEC, salvo que dichos sujetos ostentasen capacidad para dar fe, competencia de la que carecen los agentes de la autoridad objeto de estudio.

En este ámbito, la doctrina señala la existencia de otros documentos públicos administrativos dotados de presunción de veracidad emanados, por ejemplo, de los Inspectores de Trabajo o agentes de policía, los cuales cabrían ser subsumidos en el art. 319.2 de la LEC. Cabría cuestionarse si en estos supuestos podrían encuadrarse los informes y actas expedidos por los funcionarios de los servicios sociales considerados como agentes de la autoridad, que además realicen funciones ejecutivas en el ámbito de los menores. Por lo que respecta a estas hipótesis, debemos subrayar que ha de existir una habilitación legal que determine su fuerza probatoria o en su defecto deberá aplicarse con carácter subsidiario la LEC, la cual establece su presunción de veracidad con carácter *iuris tantum*⁴⁴. La referida habilitación legal específica sobre el valor probatorio de la documental expedida por este tipo de agentes de la autoridad no queda establecida en la Ley Orgánica objeto de estudio, ni en la Ley 39/2015 por lo que resultaría de aplicación la LEC, la cual conferiría la presunción de veracidad a estos documentos con carácter *iuris tantum*.

Finalmente, debemos señalar que desde nuestra consideración y de acuerdo con las premisas expuestas, los informes elaborados por parte de los técnicos de la Administración que careciesen de la condición de funcionario público, no ostentarían el valor de prueba plena, ni gozarían a su favor de la consabida presunción de veracidad.

44 GIMENO SENDRA, V.: "Derecho Procesal", cit., p. 577.

BIBLIOGRAFÍA

AVILÉS MARTÍNEZ, J.M.: "Análisis psicosocial del ciberbullying. Claves para una educación moral", *Papeles del Psicólogo*, vol. 34, núm. 1, 2013, pp. 65 y ss.

BENAVENTE MOREDA, P.: "Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego", *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 15 y ss., disponible en <http://afduam.es>, consultado el 20.10.2021.

CARRASCO ANDRINO, M.M/ ÁLVAREZ, F.J.: "Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del CP", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 1 y ss.

COLLELL, J. Y ESCUDÉ, C.: *Una aproximación al fenómeno del acoso escolar*, (coord. por R. BISQUERRA), Desclée, Barcelona, 2014.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

MAPELLI CAFFARENA, B.: "El agente de la autoridad en el Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 126, III, Época II, diciembre 2018, pp. 5 y ss.

MARÍN GARCÍA, I./LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo", *Indret*, pp. 1 y ss., disponible en <https://raco.cat>, consultado el 20.10.2021.

MORAL BLASCO, C.: *Más me duele a mí*, Save the Children, 2018, disponible en <https://www.savethechildren.es>, consultado el 26.4.2021.

MORENO MARTÍNEZ, J.A.: "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal. Especial consideración a la reparación del daño", *La responsabilidad civil y su prueba*, Sepin, Editorial Jurídica, Madrid, 2007, p. 533 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ GARCÍA, S.D./MEDINA PÉREZ, P.: *La figura del agente de autoridad y su relación con la policía judicial*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 2020.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L.: "Riesgo, desamparo y guarda", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 71, núm. 1, 2018, pp. III y ss.

SOSA TROYA, M., disponible en <https://elpais.com>, consultado el 16.4.2021.