

# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN EL DERECHO COMPARADO

**Javier Martínez Calvo**  
**Director**

---



**LA PROTECCIÓN  
JURÍDICA DEL MENOR  
EN EL DERECHO  
COMPARADO**

**Javier Martínez Calvo**

**Director**

Primera edición, 2023

Proyecto de Investigación Fundación Ibercaja-Universidad de Zaragoza «Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital» (JIUZ-2021-SOC-10). IP. Javier Martínez Calvo.

Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos» (PID 2019-105489RB-100). IIPP. M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo / Sofía de Salas Murillo.

Grupo de investigación de referencia «Ius Familiae» (S30\_20R) financiado por el Gobierno de Aragón. IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

El editor no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

© 2023 Javier Martínez Calvo

Editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza  
C/Pedro Cerbuna 12, 50009 – Zaragoza (España)

ISBN: 978-84-18321-65-8

## **LISTA DE AUTORES**

Rolando Castillo Santiago  
Rebeca Castrillo Santamaría  
Marcos Chaves-Carou  
Javier Martin Cuadros Gutiérrez  
Sara Dalla Costa  
Silvia Durán Alonso  
Nicole Elizondo  
Ana I. González Fernández  
María Paz Herrera Rodríguez  
Wilbemis Jerez Rivero  
Isabel Lince Carreras  
Alejandro Manzorro Reyes  
Javier Martínez Calvo  
Luis Fernando Martínez Quevedo  
Juan Ramón Méndez Martos  
Iris María Méndez Trujillo  
Angela Mendola  
Pablo Muruaga Herrero  
María Verónica Ojeda  
Bettina Pancino  
Nestor Pastrana Ibañez  
Luis Pérez Orozco  
Gema Polonio de Dios  
Carolina Salinas  
Romina Santillán Santa Cruz  
Sylvia Amelia Torres Morales  
Sonia Uceda Martínez  
Francisco Vega Agredano  
Rafael Villavicencio Piña



# ÍNDICE

## CAPÍTULO I

### **La embrioadopción como solución a la espinosa cuestión de los embriones sobrantes en Italia: propuesta de soluciones desde una perspectiva práctica de derecho comparado**

Sara Dalla Costa

*Universidad de Deusto (ESPAÑA) e Instituto Bernabeu (ITALIA)*

I. EMBRIONES SOBRANTES, RESIDUALES Y ABANDONADOS: DEFINICIONES. II. LA TUTELA DE LOS EMBRIONES SOBRANTES SEGÚN LA LEY ITALIANA .....	1
II. LA TUTELA DE LOS EMBRIONES SOBRANTES SEGÚN LA LEY ITALIANA .....	3
1. Las líneas guías ministeriales como instrumento de gestión .....	3
2. Implementación de las primeras líneas guías (decreto ministerial 21 julio 2004, texto publicado en la Gazzetta Ufficiale italiana del 16/08/2004 n.191) .....	4
3. Posibles utilizaciones de los embriones sobrantes: una perspectiva de derecho comparado .....	8
III. CONCLUSIONES .....	10
BIBLIOGRAFÍA .....	10

## CAPÍTULO II

### **Maternità “velata” e prospettive di diritto comparato**

Angela Mendola

*Università degli studi de Salerno (ITALIA)*

I. INTERESSE ALLA VERITÀ BIOLOGICA DELLA PROCREAZIONE E DIRITTO ALL'ANONIMATO MATERNO IN ITALIA .....	15
1. La posizione della giurisprudenza italiana .....	16
2. Accertamento dello stato di figlio e “insopprimibile” responsabilità genitoriale .....	19
3. L’interesse degli eredi della genitrice a conservare la segretezza sull’identità familiare .....	23
II. SPUNTI PER UNA COMPARAZIONE .....	24
BIBLIOGRAFIA .....	31

## CAPÍTULO III

### **El Derecho a la Identidad y el Interés Superior del Niño o Menor -Análisis comparativo entre Perú y España-**

Javier Martin Cuadros Gutiérrez

*Universidad Privada del Norte – UPN (PERÚ)*

I. INTRODUCCIÓN .....	41
II. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO .....	42
III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ .....	43
1. Constitución .....	43
2. Código Civil .....	44
3. Código de los Niños y Adolescentes.....	47
IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ESPAÑA .....	48
1. Constitución .....	48
2. Código Civil .....	48
3. Ley de Protección Jurídica del Menor .....	49
4. Ley del Registro Civil y su reglamento .....	50
V. ANÁLISIS .....	51
VI. CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA .....	54

## CAPÍTULO IV

### **La participación del menor en el proceso de mediación familiar: notas desde los ordenamientos jurídicos español e italiano**

Javier Martínez Calvo

*Universidad de Zaragoza (ESPAÑA)*

I. CUESTIONES PREVIAS.....	57
1. Contexto normativo .....	58
2. Concepto y principios de la mediación familiar.....	61
II. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN .....	68
BIBLIOGRAFÍA .....	77

## CAPÍTULO V

### **Búsqueda e integración de fórmulas alternativas a la solución de disputas en el ámbito familiar**

Ana I. González Fernández

*Universidad de Vigo (ESPAÑA)*

I. INTRODUCCIÓN .....	85
II. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD .....	87
2.1. Delimitación conceptual .....	87
2.2. El Coordinador Parental en el Ordenamiento Jurídico español.....	89
III. CONCLUSIONES .....	93
BIBLIOGRAFÍA .....	98

## CAPÍTULO VI

### **La tenencia compartida: ¿solución o problema?**

Sylvia Amelia Torres Morales

*Universidad de Lima (PERÚ)*

I. INTRODUCCIÓN .....	99
II. LA INSTITUCIÓN DE LA TENENCIA EN EL PERÚ .....	99
III. LA FIGURA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ.....	104
IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA TENENCIA COMPARTIDA .....	111
V. CONCLUSIONES .....	114
BIBLIOGRAFÍA .....	115

## CAPÍTULO VII

### **El criterio de la minoridad en la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial. Una visión desde el Derecho español**

Romina Santillán Santa Cruz

*Universidad de Zaragoza (ESPAÑA)*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	118
II. EL ART. 96 CC TRAS LA LEY 8/2021: CONTENIDO Y ALCANCE.....	121
III. LA MENOR EDAD DE LOS HIJOS COMUNES COMO CRITERIO LEGAL DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	126
IV. MINORIDAD Y VULNERABILIDAD EN LA RATIO LEGIS DEL ART. 96 CC. ....	129
1. Aproximación al concepto de vulnerabilidad .....	129

2. La razón de ser de la atribución del art. 96 CC: asegurar una vivienda adecuada al sujeto vulnerable.....	131
3. El menor de edad como sujeto vulnerable digno de protección mediante la atribución del uso de la vivienda familiar .....	132
V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA STS 695/2011, DE 10 OCTUBRE, COMO FUNDAMENTO PARA ATRIBUIR EL USO DE UNA VIVIENDA “NO FAMILIAR”.....	134
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	137
BIBLIOGRAFÍA.....	139
JURISPRUDENCIA CITADA.....	142

## **CAPÍTULO VIII**

### **Preparación de personal judicial y efectividad del derecho a ser oído de los niños tras la pandemia del Covid-19**

Nicole Elizondo

*Pontificia Universidad Católica de Chile (CHILE)*

Carolina Salinas

*Pontificia Universidad Católica de Chile (CHILE)*

I. INTRODUCCIÓN.....	145
II. CONSIDERACIONES GENERALES: IDONEIDAD DEL PERSONAL JUDICIAL PARA LA EFECTIVA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	147
III. COVID-19 Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE.....	152
IV. METODOLOGÍA.....	154
V. RESULTADOS: EFECTIVIZACIÓN DE LA ESCUCHA DE NIÑOS Y LA ADECUADA PREPARACIÓN DEL PERSONAL JUDICIAL EN PANDEMIA COVID-19 EN CHILE.....	155
1. Oportunidad y alcance de la capacitación .....	156
2. Contenido de la capacitación: el problema del estándar .....	158
3. Coherencia entre formación recibida y resultados del proceso .....	162
VI. CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFÍA.....	166

## CAPÍTULO IX

### **Naturaleza de la opinión del niño en los procesos de separación de los padres**

Rafael Villavicencio Piña

*Universidad Católica Andrés Bello (VENEZUELA)*

I. GENERALIDADES.....	171
II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL .....	172
III. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES DE LA OPINIÓN .....	173
IV. CASOS INTERNACIONALES DE INTERÉS .....	175
1. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.....	176
2. Restitución Internacional.....	178
V. NATURALEZA PROCESAL DE LA OPINIÓN .....	179
VI. VALOR Y ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ .....	180
BIBLIOGRAFÍA .....	184

## CAPÍTULO X

### **Accesibilidad al proceso y menores de edad: desde la figura del facilitador hasta las resoluciones “de lectura fácil”**

Silvia Durán Alonso

*Universidad Católica de Murcia – UCAM (ESPAÑA)*

I. EL LENGUAJE JURÍDICO COMO LENGUAJE TÉCNICO .....	187
II. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.....	190
III. LA ACCESIBILIDAD AL PROCESO DE LOS MENORES DE EDAD .....	192
IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACTOS PROCESALES ESCRITOS: LAS SENTENCIAS DE LECTURA FÁCIL.....	195
V. CONCLUSIONES .....	197
BIBLIOGRAFÍA .....	199

## CAPÍTULO XI

### **Las medidas de protección para menores bajo el amparo del ordenamiento jurídico español: especial referencia a la Ley 4/2021, de 27 julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía**

Gema Polonio de Dios

*Universidad de Córdoba (ESPAÑA)*

I. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y NACIONAL: ASPECTOS GENERALES.....	204
1. A nivel Internacional.....	204
2. A nivel Nacional: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. y Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia .....	206
II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA. ....	217
1. La Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía.....	218
2. Estructura administrativa para garantizar la protección del menor en Andalucía .....	222
A) La estructura administrativa autonómica .....	222
B) La estructura administrativa local: los Servicios Sociales Comunitarios .....	233
III. CONCLUSIONES .....	240
BIBLIOGRAFÍA .....	243

## CAPÍTULO XII

### **El menor en el concurso de acreedores tras la transposición de la Directiva Europea 2019/1023 de reestructuración e insolvencia**

Sonia Uceda Martínez

*Universidad de Jaén (ESPAÑA)*

I. INTRODUCCIÓN.....	246
II. INSOLVENCIA DEL DEUDOR Y LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL.....	250
1. Sujetos legitimados para pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal .....	250
2. Sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal.....	251
3. Contenido de la tutela jurisdiccional concursal: los efectos de la declaración de concurso..	252
4. La causa de pedir de la acción de la tutela jurisdiccional concursal: el presupuesto objetivo del concurso .....	252
III. LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO .....	253
1. El presupuesto subjetivo.....	253
2. El presupuesto objetivo .....	253

IV. LAS INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL CARGO DE ADMINISTRADOR CONCURSAL DEL MENOR EN EL CONCURSO DE ACREEDORES .....	254
V. EL DERECHO DE ALIMENTOS .....	255
1. Concepto .....	256
2. Presupuesto objetivo .....	257
A. El estado de necesidad del concursado persona natural .....	258
B. La existencia de bienes suficientes en la masa activa .....	259
3. Procedimiento para fijar los alimentos .....	260
4. Beneficiarios del derecho de alimentos que debe prestarse con cargo a la masa. Descendientes bajo potestad del concursado.....	261
VI. EL DEBER DE ALIMENTOS .....	264
1. Beneficiarios del deber de alimentos del concursado .....	264
2. Requisitos.....	264
3. Procedimiento para fijar los alimentos .....	265
VII. LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO DE ALIMENTOS .....	266
1. Planteamiento .....	266
2. Tratamiento .....	267
VIII. EL PRINCIPIO DEL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” Y LAS PENSIONES ALIMENTICIAS.....	269
BIBLIOGRAFÍA .....	271

### CAPÍTULO XIII

#### **Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad**

Rebeca Castrillo Santamaría

*Universidad del Atlántico Medio y Universidad Isabel I (ESPAÑA)*

I. INTRODUCCIÓN .....	274
II. PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS .....	276
1. El interés superior del menor .....	277
2. El principio de presunción de minoría de edad .....	278
3. El principio de no discriminación.....	278
III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA.....	279
1. Incoación .....	280

2. Tramitación: eventual presencia de la persona en Fiscalía y autorización de pruebas médicas, información y consentimiento .....	281
3. Finalización .....	282
IV. UNA CONTROVERSI AÑADIDA: EL VALOR DE LA DOCUMENTACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS .....	283
V. LA TUTELA JUDICIAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA .....	285
1. Jurisdicción y competencia .....	287
2. Procedimiento.....	287
A. Posición procesal del Ministerio Fiscal.....	288
B. Tramitación preferente, ¿y sumaria? .....	289
3. Fundamento de la impugnación: derechos fundamentales vulnerados.....	291
VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL NUEVO PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EVALUACIÓN DE LA EDAD.....	292
BIBLIOGRAFÍA .....	294

#### **CAPÍTULO XIV**

##### **El interés superior del niño ante conflictos familiares derivados de la migración. Una mirada desde la jurisprudencia a lo sustantivo y lo procesal**

Isabel Lince Carreras

*Organización Nacional de Bufetes Colectivos (CUBA)*

Nestor Pastrana Ibañez

*Organización Nacional de Bufetes Colectivos (CUBA)*

Wilbemis Jerez Rivero

*Universidad Internacional de Valencia (ESPAÑA)*

I. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA, SUS FUNCIONES E IMPORTANCIA DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR: CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA, SOCIOLÓGICA Y JURÍDICA.....	296
II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN SEGÚN EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO Y EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES .....	299
III. EL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA. UNA MIRADA A LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS Y LA OBSERVACIÓN GENERAL NO. 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO .....	301
1. La corresponsabilidad parental y la coparentalidad .....	302
2. El derecho a no ser separado de sus padres .....	304
3. El derecho a mantener contacto directo con el padre con el que no convive, así como con otros parientes consanguíneos y afines .....	307
IV. CONFLICTOS EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DERIVADOS DE LA MIGRACIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES .....	309

IV. CONCLUSIONES.....	319
BIBLIOGRAFÍA.....	321

## CAPÍTULO XV

### **El consentimiento de los menores para el uso de sus datos personales. especial referencia a redes sociales**

Juan Ramón Méndez Martos

*Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED (ESPAÑA)*

I. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN DE DATOS .....	325
1. Progresividad.....	325
2. Taxatividad.....	330
II. ESPECIAL REFERENCIA A REDES SOCIALES .....	332
1. Edades.....	332
2. Algunos procedimientos sancionadores en Europa .....	335
3. La responsabilidad de los padres.....	337
III. CONCLUSIONES.....	340
BIBLIOGRAFÍA.....	342

## CAPÍTULO XVI

### **La Observación General N° 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital. La protección de los nuevos derechos**

María Verónica Ojeda

*Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ARGENTINA)*

Bettina Pancino

*Defensoría General de la Nación (ARGENTINA)*

I. INTRODUCCIÓN .....	345
II. EL NIÑO FRENTE A LA VENTANA DE VULNERABILIDAD .....	347
III. NUEVOS ROLES .....	349
1. Estado .....	349
2. Sociedad Civil.....	350
3. Familia.....	351
4. Empresa .....	351
A. El manejo de los datos por parte de las empresas.....	352
IV. LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES .....	353
V. QUÉ LEYES LOS AMPARAN .....	357

VI. IMPRESIONES FINALES .....	358
VII. CONCLUSIÓN .....	360
BIBLIOGRAFÍA .....	362

## CAPÍTULO XVII

### **La protección de los niños, niñas y adolescentes en el entorno digital. Una mirada desde el Código de las Familias de Cuba**

Iris María Méndez Trujillo

*Universidad de Matanzas (CUBA)*

I. APUNTES INTRODUCTORIOS .....	363
II. EL SHATERING Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN .....	364
III. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL ENTORNO DIGITAL. SU TRATAMIENTO DESDE EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS CUBANO .....	368
IV. NOTAS CONCLUSIVAS .....	375
BIBLIOGRAFÍA .....	376

## CAPÍTULO XVIII

### **La necesaria aportación del Derecho Constitucional a la protección de los menores en el entorno digital**

Luis Fernando Martínez Quevedo

*Universidad de Granada (ESPAÑA)*

I. INTRODUCCIÓN .....	381
II. MENORES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: RIESGOS Y CUESTIONES MÁS RELEVANTES	384
1. Grooming .....	384
2. Hostigamiento (ciberstalking) .....	387
3. Sexting .....	389
4. Ciberacoso escolar .....	390
A. Apuntes previos .....	390
B. Aproximación conceptual al (ciber)acoso escolar .....	391
III. UNA SOLUCIÓN A CORTO PLAZO: VIGILAR LA CREACIÓN DE PERFILES EN REDES SOCIALES .....	397
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿POR QUÉ EL DERECHO CONSTITUCIONAL? .....	402
BIBLIOGRAFÍA .....	404

## CAPÍTULO XIX

### **Publicidad del juego online y menores: reflexiones críticas sobre la actual regulación**

Pablo Muruaga Herrero

*Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED (ESPAÑA)*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS .....	407
II. CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA: BREVES REFERENCIAS .....	410
1. Concepto de juego y apuesta .....	410
2. El contrato de juego y apuesta .....	411
3. Marco regulatorio .....	412
III. LOS MENORES Y EL JUEGO .....	413
IV. LA PUBLICIDAD DEL JUEGO .....	415
V. EL FENÓMENO DE LAS LOOT BOXES .....	423
VI. CONCLUSIONES.....	425
BIBLIOGRAFÍA .....	426

## CAPÍTULO XX

### **Detección del riesgo digital y protección del menor: privacidad, azar e influencers**

Francisco Vega Agredano

*Universidad de Málaga (ESPAÑA)*

I. INTRODUCCIÓN .....	429
II. ANÁLISIS Y DETECCIÓN PRECOZ DE LOS RIESGOS DIGITALES .....	432
III. PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD DEL MENOR EN LA RED .....	435
IV. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN JUEGOS Y APUESTAS ONLINE.....	441
V. LOS INFLUENCERS, EL MARKETING DE INFLUENCIA Y LOS MENORES .....	448
VI. CONCLUSIONES.....	453
BIBLIOGRAFÍA .....	455

## CAPÍTULO XXI

### **El interés superior del niño y el fenómeno del sharenting: respuestas desde el Derecho**

Luis Pérez Orozco

*Universidad de Alicante (ESPAÑA)*

Iris María Méndez Trujillo

*Universidad de Matanzas (CUBA)*

I. BREVE INTRODUCCIÓN .....	461
II. EL SHARENTING: GENERALIDADES SOBRE UN FENÓMENO SOCIAL .....	462
III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO. ASPECTOS LEGALES ENTRE ESPAÑA Y CUBA .....	466
IV. A MODO DE CONCLUSIONES .....	476
BIBLIOGRAFÍA .....	477

## CAPÍTULO XXII

### **La protección de los menores ante la ciberviolencia en parejas adolescentes**

Alejandro Manzorro Reyes

*Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza, Universidad de Sevilla y Universidad de las Islas Baleares (ESPAÑA)*

I. IMPACTO DE LAS REDES SOCIALES EN LAS RELACIONES DE PAREJA .....	481
II. JUVENTUD Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ENTORNOS DIGITALES .....	483
III. CONSECUENCIAS DEL CIBERACOSO PARA LOS JÓVENES EN EL MUNDO REAL ....	488
IV. IMPACTO DEL CIBERACOSO EN LA JUVENTUD.....	493
BIBLIOGRAFÍA .....	495

## CAPÍTULO XXIII

### **Il grooming come figura che viola i bambini nel XXI° secolo e il principio di prevenzione**

Rolando Castillo Santiago

*Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (MÉXICO)*

I. INTRODUZIONE .....	497
II. PIATTAFORME TECNOLOGICHE E PRINCIPIO DI PREVENZIONE PER IL BENESSERE DEI BAMBINI.....	499
III. PIATTAFORME DIGITALI, EVOLUZIONE E RESPONSABILITÀ DI CONTROLLO DALLO STATO .....	506
IV. PRINCIPALI FATTI CHE PER LORO NATURA IN AMBITO DIGITALE SONO CONSIDERATI REATI PER BAMBINE, BAMBINI E ADOLESCENTI .....	512

V.CONCLUSIONE .....	515
BIBLIOGRAFÍA .....	516

## **CAPÍTULO XXIV**

### **La “Cláusula Romeo y Julieta” tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual**

Marcos Chaves-Carou

*Universidad de Salamanca (ESPAÑA)*

I. INTRODUCCIÓN .....	523
II. ¿QUÉ ES LA “CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA”? .....	525
III. ¿EN QUÉ DELITOS CABE APLICAR ESTA EXIMENTE? .....	527
IV. ¿CUÁNDO PUEDE APLICARSE LA “CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA”? .....	530
V. ¿CÓMO SE HA APLICADO ESTA EXIMENTE? ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES .....	533
1. La STS 626/2022, de 23 de junio .....	533
2. La STS 750/2022, de 14 de septiembre .....	534
3. La STS 672/2022, de 1 de julio .....	535
4. La STS 930/2022, de 30 de noviembre: “Caso Arandina” .....	536
VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL .....	537
BIBLIOGRAFÍA .....	540

## **CAPÍTULO XXV**

### **Las menores víctimas del maltrato en el contexto de la violencia de género**

María Paz Herrera Rodríguez

*Università Pegaso (ITALIA)*

I. LOS MENORES VÍCTIMAS DEL MALTRATO EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO .....	543
1. Los menores y la violencia .....	546
2. Los menores, la familia y la violencia .....	552
II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO .....	556
1. Ley Orgánica 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito .....	557
2. Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia .....	558
3. Ley 26/2015 de 28 de julio de Modificación de sistema de protección a la infancia y adolescencia .....	560

4. Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.....	562
III. MALTRATO A LOS MENORES VERSUS VIOLENCIA DE GÉNERO.....	565
IV. DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A LOS HIJAS/ HIJAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. CONCLUSIONES .....	567
BIBLIOGRAFÍA .....	570

# CAPÍTULO I

## **La embrioadopción como solución a la espinosa cuestión de los embriones sobrantes en Italia: propuesta de soluciones desde una perspectiva práctica de derecho comparado**

*Sara Dalla Costa*

*Universidad de Deusto (ESPAÑA) e Instituto Bernabeu (ITALIA)*

**SUMARIO: I. EMBRIONES SOBRANTES, RESIDUALES Y ABANDONADOS: DEFINICIONES. II. LA TUTELA DE LOS EMBRIONES SOBRANTES SEGÚN LA LEY ITALIANA. 1. Las líneas guías ministeriales como instrumento de gestión. 2. Implementación de las primeras líneas guías (decreto ministerial 21 julio 2004, texto publicado en la Gazzetta Ufficiale italiana del 16/08/2004 n.191). 3. Posibles utilizaciones de los embriones sobrantes: una perspectiva de derecho comparado III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. EMBRIONES SOBRANTES, RESIDUALES Y ABANDONADOS: DEFINICIONES**

Con embriones sobrantes entendemos todos aquellos embriones que sobran de un tratamiento de fertilidad. La Clínica sabe que no van a ser utilizados en el futuro por ser embriones excedentes después de haber prestado los servicios a una pareja que ha sido sometida, de forma exitosa, a una técnica de reproducción humana asistida o bien por no ser aptos a su implantación por padecer una

enfermedad genética declarada tras un diagnóstico preimplantatorio (por ejemplo, embriones afectados por aneuploidía<sup>1</sup>).

El fundamento ético y jurídico de esta decisión adoptada por el gobierno italiano radica, precisamente, en el especial estatuto jurídico otorgado al embrión humano como sujeto de derechos, ya que no puede ser destruido, donado a otras parejas, ni puede ser utilizado para proyectos de investigación científica<sup>2</sup>.

Conforme a la legislación italiana<sup>3</sup> los embriones obtenidos *in vitro* para ser utilizados en el marco de la reproducción asistida, no pueden, bajo ningún concepto ser destruidos, lo cual lleva a las empresas biotecnológicas del sector a dedicar una elevada cantidad de recursos (económicos, materiales y de personal) para su preservación en biobancos durante un tiempo ilimitado (pensamos por ejemplo al *desastre recovery plan* que obliga a las clínicas bien públicas – con aumento de costes a cargo de la colectividad- o privadas, a contratar seguros y planes de emergencias con empresas externas para que trasladen y mantengan los biobancos de embriones en caso de necesidad o de cierre del centro por obras o por cualquier otra causa), sin embargo, también se han observado casos de malas prácticas para poder reducir los costes asociados a esta obligación<sup>4</sup>.

Las parejas italianas, por ejemplo, piden que los embriones sobrantes sean enviados a España donde la ley es más permisiva y las parejas pueden elegir el destino de sus células.

La incoherencia de la disciplina italiana se nota inmediatamente a partir de una simple comparación de la ley 40 con la disposición en materia de interrupción voluntaria del embarazo<sup>5</sup>; la tutela '*fuerte*' que la ley 40 otorga al embrión con su

---

1 La aneuploidía es una condición en la cual se presenta una mutación en el número de cromosomas. Los cromosomas son aquellas estructuras que posee nuestro cuerpo formadas por ADN y por proteínas. Éstos son fundamentales para un buen desarrollo ya contienen toda la información genética de una persona.

2 Corte Constitucional Italiana, 13 Abril 2016, n. 84, en *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2, p. 307-310, con nota de D. Carusi.

3 Ley 19 febbraio 2004, n. 40 "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" publicada en la *Gazzetta Ufficiale italiana* n. 45 del 24/02/2004 .

4 VAN BEERS, Britta "Is Europe 'giving in to baby markets?' Reproductive tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets", *Medical Law Review* n.180, 2014, pp. 78-85.

5 GUAZZAROTTI, Andrea "Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi preimpianto. La Corte Edu abbandona il "consenso europeo" nelle materie eticamente sensibili? ", en *Aa.Vv., La*

prohibición al ser destruido, donado, abandonado, etc. encuentra su límite en el embarazo, momento en el que la mujer puede abortar durante el primer trimestre (ex art. 4 ley 22 mayo 1978 n. 194).

## **II. LA TUTELA DE LOS EMBRIONES SOBRANTES SEGÚN LA LEY ITALIANA**

### **1. Las líneas guías ministeriales como instrumento de gestión**

El art. 7 de la ley italiana 40/2004 en materia de reproducción médicamente asistida decreta la obligación, por parte del Ministerio de sanidad italiano, de la promulgación, cada tres años, de líneas guías prácticas que tienen que dirigir los profesionales del sector. El marco temporal muy breve (solo tres años) está motivado por la rapidez con la que evoluciona la ciencia médica y tecnológica que animan la procreación asistida. En tres años se mejoran protocolos, se estudian nuevas terapias, se procede con nuevos materiales. El rápido avance tecnológico y científico, junto al cambio del humor social, necesitan, según el legislador italiano, que el ministerio de sanidad aporte la directriz a los profesionales.

Desde el año de la promulgación de la ley, sólo en tres ocasiones el ministerio ha realizado líneas guías en un tiempo excepcional (y no cada tres años tal y como establecido): en el mismo año 2004<sup>6</sup>, en el 2008<sup>7</sup> y en el 2015<sup>8</sup>.

---

*fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo, Roma, 2013, p. 57-85.

<sup>6</sup> Líneas guía ministeriales contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita en [politicaassociazione.it](http://politicaassociazione.it).

<sup>7</sup> Líneas guía ministeriales contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita en <http://www.mpvroma.org/wp-content/uploads/2012/11/linee-guida-2008.pdf>

<sup>8</sup> D.M. 1 de Julio de 2015, Líneas guía contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, en Gazzetta Ufficiale 14 luglio 2015, n. 161.

## **2. Implementación de las primeras líneas guías (decreto ministerial 21 julio 2004, texto publicado en la Gazzetta Ufficiale italiana del 16/08/2004 n.191)**

La ley del 2004 y su relativa línea guía ministerial, prohíbe la experimentación sobre embriones humanos. La ley no definía lo que se entendía por experimentación, por lo tanto, en un primer momento, con experimentación se entendía también el diagnóstico preimplantatorio.

Esto significaba que, en Italia, hasta el 2015, año de la sentencia n. 96 de la Corte Constitucional, una pareja afecta por enfermedad genética (pensamos por ejemplo en la fibrosis quística) no podía recurrir a la ciencia para obtener un hijo sano. Gracias a la sentencia de la Corte italiana, la jurisprudencia ha invertido el paso. Las consecuencias de esta decisión son las que describo aquí a continuación:

a partir del 2015 el mismo médico ginecólogo, tras el informe del genetista que declara la anomalía genética, tiene que informar a la pareja. El profesional no puede obligar a la pareja a la transferencia embrionaria del embrión afecto por aneuploidía (o bien enfermo) bajo ningún concepto. En este caso entonces el embrión que no se puede transferir ni se puede implantar, tendrá que permanecer almacenado *sine die* en el banco de la Clínica que asumirá también los costes de gestión en la espera que el Parlamento italiano aporte novedades sobre este punto (en este momento histórico pensamos que en Italia las prioridades del legislador son otras) puesto que no se pueden destruir ni utilizar los blastocistos / embriones para proyectos de investigaciones científicas.

Este punto merece una observación. A partir de un atento análisis de las líneas guías aparece como la elección de transferir o no un embrión denominado “no apto” (porque se encuentra afectado por aneuploidía o bien por una enfermedad), está atribuida a los mismos pacientes.

Contrariamente al dictado normativo, donde parece que la paciente tiene que ser forzada para la transferencia y solo por graves causas psicofísicas puede no llegar a quirófano, en las líneas guías se especifica claramente como el médico no puede, bajo ningún concepto, obligar la pareja a transferir un embrión “no apto”, preservando de esta manera el principio de autodeterminación terapéutica y la

prevalencia de los intereses de los pacientes a su bienestar psico físico respecto al mismo interés del embrión.

También se puede verificar la hipótesis de imposibilidad de transferir el embrión por causas sobrevenidas y que no se podían prever al momento de la inseminación de los ovocitos. Pensamos por ejemplo a una pareja que finaliza su relación durante el tratamiento o el fallecimiento del cónyuge masculino. Esta es una hipótesis más frecuente de lo que se imagina. En este caso no se llega a la transferencia del embrión y la clínica está igualmente obligada a la crioconservación y a la custodia embrionaria de las células, haciéndose cargo de los gastos.

En estas mismas líneas guías es muy interesante ver cómo el legislador habla de un concepto muy importante que sería el “estado de abandono” de los embriones<sup>9</sup>.

Se habla de estado de abandono cuando los profesionales de un centro de procreación médicamente asistida han adquirido bajo forma escrita la renuncia al futuro transfer por parte de la pareja.

Sin esta declaración escrita por parte de la pareja, el centro tiene que seguir con la custodia de los embriones.

Si no consigue contactar con la pareja, tiene que dar prueba escrita de los intentos de contacto y seguir con la custodia.

Después de un año, si no ha sido posible contactar con la pareja, y dicha imposibilidad ha sido documentada, el embrión se puede definitivamente clasificar como abandonado.

Los embriones o blastocistos que tienen que ser transferidos en un segundo intento (o por un segundo bebé), o porque se debe esperar que las condiciones psicofísicas de la mujer sean idóneas para poder concluir la transferencia, tienen

---

<sup>9</sup> Ex art. 2 del Decreto ministerial 4 agosto 2004 (Linee guida per la procreazione medicalmente assistita «*Gli embrioni definiti in stato di abbandono sono, invece, trasferiti dai centri di procreazione medicalmente assistita unicamente alla Biobanca Nazionale situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico “Ospedale Maggiore” di Milano*»). Tribunal de Milan, sez. VIII, 31 de Mayo 2018, p. 128.

que ser crioconservados con los gastos generados que corren a cargo de la Clínica (con gastos pensamos a la gestión del nitrógeno, la sala criogénica y a sus complejos protocolos de gestión).

Los embriones que previamente se han declarado en estado de abandono tienen que ser transferidos al Biobanco Nacional que se encuentra en el centro transfusional de inmunología de trasplantes del Hospital Mayor de Milán donde, siempre según dichas líneas guías, ha sido activado un centro de crioconservación de los embriones abandonados.

Uno de los primeros problemas que se plantean es que el traslado de dichas células desde un centro al Biobanco Nacional es muy caro y las líneas guías no dicen si dicho traslado tiene que estar a cargo del sistema público nacional o bien a cargo de la misma Clínica, que en este último caso no obtendría ningún beneficio económico de su actividad.

El Instituto Superior de Sanidad italiano monitoriza cada final del año el número de embriones crioconservados en cada centro especializado en reproducción asistida (públicos, privados o privados acreditados).

La imposibilidad de aplicar este protocolo ha llegado al nombramiento de una comisión de estudio para ver cómo solucionar este problema. La comisión D'Agostino (que toma el nombre de su presidente) ha presentado su relación final denunciando como no es posible cualificar los embriones como 'abandonados' de manera definitiva puesto que, a pesar de estar delante de una declaración expresa y escrita y firmada por parte de los pacientes, dicho consentimiento siempre puede ser revocado.

Hay necesidad de un término legal concreto donde las clínicas puedan decidir si seguir o no con la crioconservación.

Por esta razón, la comisión ha pedido una modificación de la ley en el punto relacionado con la criopreservación de los embriones. Modificación que, al día de hoy, aún no se ha realizado.

Tras la introducción de las primeras líneas guías, el término de los tres años establecido por parte del legislador para la adopción del decreto ministerial de actuación (art. 7 l. 40/2004) no ha recibido actuación.

La primera actualización se produjo solo en el 2008 y luego, en el 2015 (después de 7 años y dos pronuncias de ilegitimidad constitucional).

***A. En el 2008 (decreto ministerial 11 aprile 2008, Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita. GU Serie Generale n.101 del 30-04-2008)***

Con estas líneas guías, el legislador solo ha hecho más hincapié sobre el control para la crioconservación de los embriones para prevenir contagios de patologías debidas a serologías positivas (HIV, Hepatitis B y C) y ninguna mención o referencia a la situación de los embriones sobrantes<sup>10</sup>.

***B. En el 2015 (Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, art. 7 legge 40/2004)***

Con las últimas líneas guías, tras la sentencia de la Corte Constitucional italiana que en el 2014 ha declarado inconstitucional aquel apartado de la ley que prohibía fecundación con gametos donados, el Ministerio de sanidad ha dado indicaciones útiles y concretas a los centros, pero sin volver a mencionar el tema de los embriones en exceso ni de los abandonados ni de su preservación.

Se habla en detalle de la ovodonación y de la donación de semen y de los requisitos médicos para acceder a estas técnicas<sup>11</sup>.

Después del 2015 el Ministerio no ha vuelto a dar indicaciones; la demanda de tratamiento con donación de gametos ha crecido de una forma exponencial; las clínicas italianas compran 'stock' desde las clínicas extranjeras ya que en Italia el Ministerio no incentiva de ninguna forma la donación de dichas células.

---

<sup>10</sup> D.M. 11 aprile 2008. Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 101 del 30 aprile 2008).

<sup>11</sup> D.M. 1° luglio 2015, Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in GU 14 luglio 2015, n. 161. Con le linee guida in esame si ripristina il riferimento alla indagine diagnostica preimpianto contenuta nelle Linee guida del 2004, superata con le successive Linee guida del 2008.

La inestabilidad política italiana y su duración media de un gobierno (un año y medio), la pandemia y la crisis económica hacen que, por un lado, el gobierno de derecha con un trato propagandista habla de la creación del ministerio de la natalidad, pero por otro lado no se ve ningún proyecto de reforma orgánica de una ley de reproducción asistida.

### **3. Posibles utilizaciones de los embriones sobrantes: una perspectiva de derecho comparado**

El Comité italiano para la Bioética, con un informe, ha sugerido, para solventar este problema, la creación de un Instituto de adopción para el uso de los embriones criopreservados que vienen de un tratamiento de procreación médicamente asistida<sup>12</sup>. Aplicar extensivamente la ley en materia de adopciones por parte de menores a un embrión puede ser problemático por todos los requisitos que la misma ley en materia de adopción italiana comporta (hay que ser casados o pareja de hecho desde hace mínimo 3 años)<sup>13</sup>.

Una armonización a nivel europeo es indispensable puesto que el turismo reproductivo hoy en día es una realidad.

Considerando como la comparación jurídica siempre nos ayuda a ver como diferentes ordenamientos han reaccionado delante a problemas complejos, en seguida veremos cómo algunos países se han portado delante de la cuestión de los embriones sobrantes.

- El embryo-sharing, está regulado en diferentes países también extra europeos; España, Francia, Bélgica, Finlandia, Grecia, Rusia, Ucrania, Taiwán, Israel, Singapur, Tailandia, Irán, Estados Unidos, Australia e Nueva Zelanda.
- El ordenamiento británico regula de forma expresa la donación de embriones (embryo-sharing) como la donación de células reproductivas (egg y sperm-sharing).

---

<sup>12</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica - Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) (governo.it).

<sup>13</sup> Ley 184 del 1983 y Ley 149 del 2001.

- La aplicación más orgánica es sin duda la española (Ley 14/2006). El ordenamiento español concede tres posibilidades a las parejas de cara a sus embriones sobrantes.

Conservarlos para uso propio en el futuro, ya sea para usarlos en un nuevo ciclo si el actual no acaba con éxito, o bien más adelante si se desea buscar un nuevo embarazo, donarlos a otras parejas o bien donarlos para investigación; cese de su conservación y consecuente destrucción.

Una vez el centro ha explicado con detalle las diferentes opciones para los embriones sobrantes, la pareja deberá firmar un consentimiento informado que autoriza el destino elegido, y en caso de que decidan conservarlos para uso propio, podrán confirmar o modificar su deseo en cada renovación del consentimiento.

El tiempo máximo que se permite criopreservar embriones en una clínica de reproducción asistida es hasta que se alcance el fin de la edad fértil de la mujer o que por diversos motivos se desaconseje el embarazo de la paciente. Las clínicas consideran la edad fértil alrededor de los 50/52 años<sup>14</sup>.

- En el ordenamiento estadounidense, tras el progresivo aumento de los blastocistos criopreservados y abandonados, se han difundido las *conditional embryo adoption* y las *Snowflakes adoption*.

- Esta praxis ha nacido por parte de una división de la *California adoption agency, Nightline Christian Adoption* bajo las recomendaciones de la *American Society for Reproductive Medicine*.

- Si analizamos la praxis de las *conditional embryo adoption*, el embrión residual o abandonado viene equiparado a un huérfano al que le viene reconocida personalidad jurídica (*personhood*), no obstante, los *case law* llegan a conclusiones diferentes. Este procedimiento imita una verdadera adopción de menor<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> BOE.es - BOE-A-2006-9292 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>15</sup> KATZ, "Snowflake adoptions and orphan embryos: the legal implications of embryo donation", *Wis Womens Law J.*, 2003, pp. 179-231.

### III. CONCLUSIONES

El hecho que el legislador italiano no interviene conlleva muchas problemáticas concretas: no hablamos solo de costes para los centros sino también de malas prácticas (embriones que se envían a otros países para ser destruidos, por ejemplo), clínicas que, a pesar de la incertidumbre normativa, publicitan la adopción de embriones haciendo de esta manera una competencia desleal.

Puede ocurrir también que el director de laboratorio decida inseminar menos ovocitos obteniendo de esta manera menos embriones, disminuyendo así la probabilidad de embarazo de cara a la paciente (cuando realmente el objetivo es siempre lo de generar el mayor número posible de embriones para tener más posibilidades de éxito).

No podemos dejar de considerar el estrés psicológico que padecen estas parejas, al saber que sus células quedan en un limbo para siempre; con el miedo (real y concreto en esta época histórica) que alguien un día le pida la cuenta por haber almacenado sus embriones durante un tiempo determinado.

La única solución es la de intervenir con una ley orgánica, y ponerse como reto una armonización a nivel europeo.

Es importante que los pacientes conozcan la posibilidad de que puedan generarse embriones en exceso y que tomen una decisión consciente sobre su posible destino.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

#### Libros

CASONATO Carlo, *Introduzione al Biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi di Trento, 2006;

AMATO Salvatore, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self – service normativo*, Giappichelli Editore, Roma, 2009;

AZOFRA Maria Jorqui, *Análisis genéticos en el ámbito asistencial: reflexión ético – jurídica*, Catedra interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Granada, 2010.

### **Artículos de revistas**

CASABONA Carlos Maria Romeo, “Bioconstitución”, *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n. 53, 2020, págs. 15-21;

CASABONA Carlos Maria Romeo, “Aspectos jurídicos de los híbridos y las quimeras: Temas para el debate”, *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n. 301, 2020, págs. 32-34;

CASABONA Carlos Maria Romeo, “El nuevo marco normativo europeo sobre protección de datos personales y el estatuto de las muestras biológicas humanas y de los biobancos para investigación biomédica” *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n. 86, 2019, págs. 215-238;

CASABONA Carlos Maria Romeo, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? n. 28, 2018 (Ejemplar dedicado a: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada), págs.109-121;

DE MIGUEL BERIAIN Iñigo, ARMAZA ARMAZA Emilio Jose’, “Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR- Cas9 a debate” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 52, 2018, págs. 179-200;

EMALDI CIRIÓN Aitziber, “Protección de datos personales en el ámbito sanitario y de investigación biomédica: Una visión europea”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 14, 2021, págs.718-747;

EMALDI CIRIÓN Aitziber, “Reflexiones éticas y propuestas jurídicas sobre la maternidad subrogada en España”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 14, 2020 (Ejemplar dedicado a: Biopolítica. Justicia, salud y recursos limitados);

EMALDI CIRIÓN Aitziber, “Derechos constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la

*reproducción asistida” Retos del Derecho ante un mundo global, 2020, págs.775-808;*

MACÍA ATIENZA Elena, ARMAZA ARMAZA Emilio Jose’ *“Una aproximación jurídica al delito de manipulación genética: el dopaje genético” Anuario andaluz de derecho deportivo, n. 10, 2016, págs.161-174;*

SHUSTER Alexander, *“Lo statuto giuridico dell’embrione in ottica comparata”, Forum di Biodiritto dell’Universita’ di Trento, n. 5, 2021;*

### **Jurisprudencia**

Corte di Cassazione Italiana, Ordinanza interlocutoria n. 1842-2022 riconoscimento di entrambi i genitori nell’atto di nascita del minore nato tramite maternità surrogata;

Corte costituzionale italiana, sentenza 96/2015, giugno 2015;

Tribunale di Milano - ordinanza 18 Aprile 2017: procreazione medicalmente assistita e accesso alla diagnosi genetica preimpianto;

Corte Costituzionale, sentenza n. 221/2019, giugno 2019:

Tribunale di Salerno, proc. n. 12474/09 R.G.;

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, caso Costa-Pavan v. Italia, agosto 2012;

Tribunale di Cagliari - ordinanza 5925/2012: diritto all’accesso alla diagnosi genetica preimpianto, 9 novembre 2012;

Corte costituzionale - sentenza 221/2019: coppie omosessuali femminili e l. 40/2004;

Tribunale di Firenze - ordinanza 166/2012: legittimità costituzionale del divieto di ricerca sugli embrioni e del divieto di revoca del consenso (l. n. 40/2004);

Corte costituzionale - sent. 84/2016: legge 40/2004 e divieto di ricerca sugli embrioni;

Corte costituzionale - sent. 162/2014: illegittimità del divieto di fecondazione eterologa;

*CAPÍTULO I: La embrioadopción como solución a la espinosa cuestión de los embriones sobrantes en Italia: propuesta de soluciones desde una perspectiva práctica de derecho comparado*

Corte Europea dei Diritti dell'uomo - Parrillo c. Italia: divieto di ricerca sugli embrioni;

Corte costituzionale - sent. 229/2015: procreazione medicalmente assistita e diagnosi genetica preimpianto;

Corte costituzionale - sent. 84/2016: legge 40/2004 e divieto di ricerca sugli Embrioni.

*Sara Dalla Costa*

## CAPÍTULO II

### Maternità “velata” e prospettive di diritto comparato

*Angela Mendola*

*Università degli studi di Salerno*

**SUMARIO: I. INTERESSE ALLA VERITÀ BIOLOGICA DELLA PROCREAZIONE E DIRITTO ALL'ANONIMATO MATERNO IN ITALIA. 1. La posizione della giurisprudenza italiana. 2. Accertamento dello stato di figlio e “insopprimibile” responsabilità genitoriale. 3. L’interesse degli eredi della genitrice a conservare la segretezza sull’identità familiare. II. SPUNTI PER UNA COMPARAZIONE. BIBLIOGRAFIA.**

#### **I. INTERESSE ALLA VERITÀ BIOLOGICA DELLA PROCREAZIONE E DIRITTO ALL'ANONIMATO MATERNO IN ITALIA**

La tutela della persona, quale bene giuridico fondamentale, per potersi dire effettiva presuppone necessariamente la salvaguardia di più diritti che talvolta, se posti in rapporto, possono trovarsi in conflitto come nel caso della relazione tra il diritto all’anonimato, di cui è titolare la madre, a fronte di quello a conoscere la verità biologica, proprio del figlio. La risoluzione di questo contrasto, non potendosi rinvenire nel disconoscimento giuridico dell’uno o dell’altro interesse “a priori”, necessita dell’applicazione del meccanismo del bilanciamento. Ebbene, pur essendo consapevoli del fatto che la prevalenza di uno dei due diritti dipenda dalle circostanze del caso concreto, interessante risulta osservare il rapporto tra gli stessi, anche se in astratto, e, dunque, come questa relazione, da disfunzionale, possa diventare ragionevole e coerente, anche attraverso una lettura

costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme <sup>1</sup>. Il bilanciamento di questi due interessi non costituisce, comunque, un esito prevedibile e consolidato, avendo ad oggetto una questione giuridica dai confini sempre incerti, in quanto attinenti ad interessi fondamentali della persona. Ed infatti, tanto il diritto di verità biologica del figlio quanto quello di anonimato della madre sono costituzionalmente tutelati e imprescrittibili, ma, essendo di pari rango, sono soggetti a costanti valutazioni e bilanciamenti, da cui possono derivare temporanee “soccombenze” dell’uno o dell’altro in ragione ad esempio del decorso del tempo. I meccanismi volti a ricercare un equilibrio tra principi rinvencono la propria legittimazione proprio nell’“ecletticità” degli interessi costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuti; è, infatti, proprio questo sistema che conferma, e non tradisce, la loro tutela quali diritti inviolabili e inalienabili, sebbene necessariamente calati in situazioni e rapporti di reciprocità.

## **1. La posizione della giurisprudenza italiana**

Una nota pronuncia della giurisprudenza di legittimità italiana si è mostrata utile per affrontare il tema del presente contributo, pur dovendosi necessariamente tener conto del fatto che la fattispecie concreta oggetto di esame da parte della Corte sia caratterizzata da alcuni profili specifici che hanno certamente influenzato la stessa ad accogliere un orientamento più favorevole al figlio interessato al riconoscimento della propria provenienza biologica. In particolare, la sentenza della Cassazione n. 119824/2020<sup>2</sup> è emanata a seguito del ricorso avverso la pronuncia della Corte di merito che aveva confermato la decisione con cui il giudice di primo grado aveva giudizialmente dichiarato, in favore del soggetto richiedente, la maternità biologica di una donna deceduta. Costei, infatti, pur avendo esercitato il diritto al c.d. parto anonimo, si era sempre

---

<sup>1</sup> VARANO, Vincenzo - BARSOTTI, Vittoria, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 23 ss.; BENACCHIO, Gian Antonio, *Diritto privato dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010, pp. 15 ss.; DIURNI, Amalia, “La filiazione nel quadro europeo”, in *Il nuovo diritto di famiglia. Filiazione e adozione*, III, a cura di FERRANDO, Gilda, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 49 ss.

<sup>2</sup> Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 119824, *Fam. e dir.*, 2021, n. 2, pp. 163 ss., con nota di MENDOLA, Angela, “Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all’anonimato materno”.

comportata come genitrice, sia nei rapporti familiari, che nelle relazioni sociali. A proporre, successivamente, ricorso in Cassazione è stata una figlia della donna, argomentando dal fatto che nel bilanciamento dei contrapposti interessi - del presunto fratello biologico di accedere alle informazioni sulle proprie origini e della madre all'anonimato - debba attribuirsi prevalenza al secondo ove la scelta iniziale di mantenere segreta la propria identità non sia stata revocata. La Corte di legittimità ha rigettato il ricorso sull'assunto che, per effetto della morte della madre, sarebbe venuta meno l'esigenza - sussistente invece al momento del parto - di tutela della vita e della salute della donna e del nascituro. A rilevare è stato soprattutto il fatto che la madre, attraverso la propria "inequivocabile condotta", avesse implicitamente revocato la rinuncia alla genitorialità giuridica manifestata al momento della scelta del parto "in anonimato". Sicché, per la Cassazione, più non vi sarebbero stati elementi ostativi per la proposizione dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità da parte del figlio.

Nell'ordinamento giuridico italiano, il riferimento al diritto all'anonimato materno<sup>3</sup> è, innanzitutto, ricavabile dall'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, il quale, nella formazione dell'atto di nascita, salvaguarda la volontà della partorientente di rimanere segreta<sup>4</sup>. Parimenti a dirsi per l'art. 93, comma 2, d.lgs.

---

<sup>3</sup> In dottrina, sul tema della tutela dell'anonimato materno, cfr. GRANELLI, Carlo, "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Persona e Mercato*, 2017, n. 1, pp. 48 ss.; AVITABILE, Alberto, "Il diritto all'anonimato in ambito familiare", in GALGANO, Francesco (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di FINOCCHIARO, Giusella, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 143 ss.; RENDA, Andrea, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. p. 150.

<sup>4</sup> Con preciso riguardo alla madre genetica, l'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, allorché fa salva la volontà della partorientente di non essere nominata nell'atto di nascita, ha solo ed esclusivamente lo scopo di tutelare l'interesse della donna alla riservatezza sulla propria identità diversamente da quanto accade, invece, in caso di donna coniugata, laddove svolge, al contrario, la funzione di evitare l'instaurazione del rapporto di filiazione matrimoniale, come osserva MUSIO, Antonio, "Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali (artt. 28-49)", in MUSIO, Antonio - NADDEO, Francesca, a cura di STANZIONE, Pasquale, *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 150. Va specificato che, malgrado la l. n. 219 del 2012 abbia unificato gli stati di filiazione, permane una differenza in punto di accertamento giudiziale della genitorialità. *Ex latere matris*, per i figli nati nel matrimonio, l'instaurazione del rapporto consegue automaticamente dalla menzione della madre nell'atto di nascita del figlio, salvo che costei dichiari di non voler essere nominata. Nella filiazione da donna non coniugata, invece, occorre l'atto volontario di riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di maternità. (Cfr., al riguardo, SESTA, Michele, "Accertamento dello stato di figlio dopo il d.lgs. n. 154/2013", *Fam. e dir.*, 2014, n. 5, p. 454; MANTOVANI, Manuela, "Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, n. 6, pp. 323 ss.). Il legislatore italiano avrebbe potuto introdurre l'accertamento automatico, ma non obbligatorio, della maternità alla nascita, senza più alcuna distinzione. In difetto di ciò, la posizione dell'ordinamento giuridico nazionale fa specie nell'ambito del

n. 196/2003, che, in caso di c.d. parto anonimo, pone il limite di cento anni dalla formazione per l'accesso ai documenti contenenti l'identità della partoriente (es. cartella clinica, certificato di assistenza al parto). Si pensi, ancora, all'art. 28, comma, 7, l. n. 184 del 1983, per il quale il figlio adottivo non può accedere alle informazioni relative all'identità della madre biologica che abbia dichiarato di non voler essere nominata<sup>5</sup>.

È, quindi, proprio la lettera delle norme riportate a rendere la partoriente arbitra indiscussa dello stato di filiazione del nato. Allorché, infatti, in costanza della nascita del figlio, la donna richieda che la sua identità rimanga segreta, si configura un'esigenza di coordinamento tra l'interesse del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche (ex artt. 2 Cost. e 8 CEDU)<sup>6</sup> e quello alla vita e alla

---

panorama europeo, atteso che gran parte dei sistemi normativi si sono conformati all'art. 2 della Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio, secondo il quale "*la filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant*". L'accertamento automatico della maternità, non attuato dal sistema giuridico italiano, tutelerebbe, evidentemente, la donna ed il nato, al quale verrebbe assicurata la certezza dello *status* nei confronti della madre fin dalla nascita, anche nelle ipotesi in cui il riconoscimento non sia possibile, consentendo di attuare concretamente la responsabilità del genitore nella procreazione. Sul punto, si rinvia alle osservazioni di CUBEDDU, Maria Giovanna, "La disciplina dell'accertamento dello *status* di figlio nei principali paesi europei", *Famiglia*, 2006, n. 2, pp. 269 ss. Sulla permanenza delle distinzioni tra figli in punto di accertamento giudiziale della maternità, sia consentito un rinvio a MENDOLA, Angela, *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di Famiglia*, diretti da PATTI, Salvatore, Pacini, Pisa, 2020, pp. 81 ss.

<sup>5</sup> Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, *Fam. e dir.*, 2014, n. 1, pp. 15 ss., con nota di CARBONE, Vincenzo, "Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno", capovolgendo le conclusioni cui era giunta Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, *ivi*, 2006, n. 2, pp. 130 ss., con nota di ERAMO, Federico, "Il diritto all'anonimato della madre partoriente", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del richiamato art. 28, comma 7, L. n. 184/83, nella parte in cui non prevede attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre biologica che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione. Propulsione, quella così delineata dal Giudice delle Leggi, che ha trovato poi conferma nell'intervento di Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *Corr. giur.*, 2017, n. 5, pp. 624 ss., con nota di BUGETTI, Maria Novella, "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", per le quali "ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna".

<sup>6</sup> Molti sono i riferimenti normativi inerenti al diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Si pensi all'art. 7 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, adottata il 20 novembre 1989, che contempla il diritto del minore, "nella misura del possibile", a conoscere i propri genitori; all'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale, che stabilisce che le autorità degli Stati nazionali provvedono a garantire l'accesso al bambino e al suo rappresentante alle informazioni inerenti all'identità della madre e del padre; alla Raccomandazione n. 1443 del 26 gennaio 2000, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e ad eliminare nelle

salute della donna e del nascituro (*ex art. 32 Cost.*), inevitabilmente prevalente in quanto posto a presidio anche dell'interesse pubblico alla protezione della maternità e dell'infanzia (*cfr. art. 31, comma 2, Cost.*).

Nell'imminenza della nascita, il legislatore, preliminarmente misurando gli interessi contrapposti, accorda, dunque, preminenza all'anonimato materno, al fine di disincentivare comportamenti irrimediabili della donna ovvero di incoraggiare la maternità rispetto all'interruzione della gravidanza.

## **2. Accertamento dello stato di figlio e “insopprimibile” responsabilità genitoriale**

Il riconoscimento del diritto della madre all'anonimato, ancorato preliminarmente al momento del parto, non legittima comunque una prevalenza immutabile e assoluta dello stesso, soprattutto laddove si trovi in confronto con il diverso, ma di pari rango, diritto di accertare il proprio *status filiationis*, rilevante ai sensi degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU<sup>7</sup>. Il diritto alla verità della procreazione, nella specie, si traduce nella necessità di accertare un rapporto di filiazione fondato, oltre che su un contesto parentale riconoscibile, anche su informazioni relative alla propria storia genetica<sup>8</sup>. Nell'ambito di applicazione di tale ultimo precetto rientra, infatti, per la Corte di Strasburgo, pure l'interesse vitale, protetto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad ottenere informazioni necessarie alla scoperta della verità concernente un aspetto

---

loro legislazioni nazionali ogni disposizione contraria; o, ancora all'art. 22, comma 5, della Convenzione europea in materia di adozione dei minori di Strasburgo del 7 maggio 2008, che sancisce il “diritto di una persona di conoscere la sua identità e le sue origini”.

<sup>7</sup> Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, n. 1, pp. 19 ss., con nota di ANDREOLA, Emanuela, “Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima”; *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 3, pp. 319 ss., con nota di STANZIONE, Maria Gabriella, “Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini”. *Cfr. Cass. civ.*, 29 novembre 2016, n. 24292, *Foro it.*, 2017, n. 1, 1, p. 163.

<sup>8</sup> *Cfr. Cass. civ.*, 21 luglio 2016, n. 15024, *Corr. giur.*, 2017, n. 1, pp. 29 ss., con nota di CARBONE, Vincenzo, “Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto”.

importante della propria storia personale quale, ad esempio, quello attinente all'identità dei genitori<sup>9</sup>.

L'impossibilità di affermare un legame giuridico fondato su derivazione biologica potrebbe solo originare dalla pregressa instaurazione di un diverso rapporto di filiazione sostitutivo che, in quanto tale, sarebbe impeditivo dell'azione di accertamento della genitorialità mediante pronuncia giudiziale, come si ricava dalla lettura dell'art. 27, l. n. 184/1983. Il figlio adottivo, a differenza di quello non riconosciuto, può, infatti, solo accedere alle informazioni sulle proprie origini biologiche e ciò al fine non già di creare un altro rapporto giuridico di filiazione, ma eventualmente solo una relazione di fatto con i genitori genetici<sup>10</sup>.

Ancor di più, dunque, deve ritenersi che, al di fuori della specifica incompatibilità derivante dall'instaurazione di una filiazione sostitutiva, il *favor veritatis* deve essere concepito come un interesse la cui tutela e prevalenza aumentano con il trascorrere del tempo decorrente dalla manifestazione di volontà della madre al proprio anonimato. Pertanto, se, al momento della nascita, risulta preminente la tutela della partoriente, successivamente quest'ultima deve lasciare spazio al contrapposto interesse del figlio, in quanto fondamentale per il corretto sviluppo della persona. Tali considerazioni risultano confermate dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 119824/2020 che, dunque, si allontana dall'orientamento formulato qualche anno addietro dalla giurisprudenza di merito<sup>11</sup>, operando una

---

<sup>9</sup> Corte eur. dir. uomo, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Per un commento, cfr. CARBONE, Vincenzo, "Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini", *Corr. giur.*, 2013, n. 7, pp. 940 ss.; STANZIONE, Maria Gabriella, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*. Diversamente, per Corte eur. dir. uomo, *Odièvre v. France*, 13 febbraio 2003, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), non viola il diritto al rispetto della vita privata, di cui all'art. 8 della Convenzione, la normativa francese che, sul presupposto della nascita anonima, non consente al nato di ottenere informazioni relative alla madre biologica, senza il consenso di costei vivente, al fine di accertare la propria identità personale. Per un commento a tale pronuncia si rinvia a RENDA, Andrea, "La sentenza Odièvre c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche", *Famiglia*, 2004, n. 6, pp. 1121 ss.; LONG, Joëlle, "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, n. 2, pp. 283 ss.; CIPPITANI, Roberto, "Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica", *Dir. fam. pers.*, 2012, n. 4, pp. 1836 ss.

<sup>10</sup> Come osserva LONG, Joëlle, *op. cit.*, p. 298. Sul tema, in generale, cfr. AULETTA, Tommaso, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 333 ss.; CLARIZIA, Oriana, "Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, n. 2, p. 137.

<sup>11</sup> Trib. Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475, *Fam. e dir.*, 2016, 5, pp. 481 ss., con nota di BUGETTI, Maria Novella, "Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che

lettura costituzionalmente e internazionalmente orientata dell'art. 269 c.c. (artt. 2, 3, 24, 117 Cost.; 8 CEDU) attraverso cui ammettere l'esperibilità, da parte del richiedente, dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità nei confronti anche degli eredi della genitrice defunta.

Ed ancora, la predetta azione si giustifica, anche e soprattutto, in considerazione di un'interpretazione sistematica di norme. Evidente è anzitutto il contrasto tra il riconoscimento assoluto e perpetuo dell'anonimato materno, il *favor veritatis* ed una "insopprimibile" responsabilità genitoriale conseguente alla procreazione, ossia il dovere inderogabile della partoriente di "mantenere ed educare il figlio anche se nato fuori del matrimonio", di cui all'art. 30, comma 1, Cost.<sup>12</sup>. V'è peraltro da considerare che tale articolo, all'ultimo comma, in virtù dei beni costituzionali tutelati, pone una riserva di legge circa le norme e i limiti per la ricerca della genitorialità: offre, in altre parole, "copertura costituzionale" a disposizioni normative che subordinano la proposizione dell'azione di accertamento della maternità a determinati presupposti o condizioni. Il rinvio è, chiaramente, agli artt. 269 c.c., in tema di instaurazione del rapporto di filiazione per mezzo di una pronunzia giudiziale; e 276 c.c., quanto alla legittimazione attiva e passiva della relativa azione.

La riserva di legge costituzionalmente prevista impedisce, pertanto, di disapplicare le predette disposizioni codicistiche e, di conseguenza, di limitare la possibilità per il figlio di accertare giudizialmente la maternità biologica sulla base di fonti di rango secondario, quali risultano essere, ad esempio, i menzionati artt. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, e 93, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003, di

---

abbia partorito nell'anonimato", laddove il giudicante aveva, invece, ritenuto che non fosse ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che al momento del parto avesse dichiarato di non voler essere nominata, poiché altrimenti sarebbe stata frustrata la *ratio* dell'intera disciplina, ravvisabile non solo nell'esigenza di salvaguardare la famiglia legittima e l'onore della madre, ma anche di impedire che, onde evitare nascite indesiderate, si faccia ricorso ad alterazioni di stato o a soluzioni ben più gravi quali aborti o infanticidi.

<sup>12</sup> In questi termini, PERLINGIERI, Giovanni, "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n. 10, p. 19. Cfr. SASSI, Andrea, "Tutele crescenti della persona e *status* familiari in Italia e nell'Unione Europea", *URBE et IUS*, 2015, n. 14, p. 67.

cui, proprio nell'ottica di mitigarne l'assolutezza dei contenuti, il d.d.l. n. 1978 del 2015 ha proposto una modifica<sup>13</sup>.

È, quindi, in forza di tali argomentazioni che l'art. 269 c.c., laddove, al comma 1, prevede che la maternità possa essere giudizialmente dichiarata nei casi in cui il riconoscimento è ammesso, acquisisce una rilevanza fondamentale in quanto norma volta a tutelare il *favor veritatis*. La disposizione è, evidentemente, da leggere in combinato disposto con l'art. 253 c.c., per il quale, in nessun caso, è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui una persona si trova; ponendosi, così, un principio di prevalenza del primo stato acquisito, che dovrebbe, allora, venire rimosso prima che possa accertarsene uno diverso. Di conseguenza, nel caso in cui non si sia formato un rapporto di filiazione sostitutivo, dovrebbe ritenersi sempre ammissibile un giudizio volto all'accertamento della genitorialità, anche nei confronti degli eredi della madre biologica, laddove defunta, quali legittimati passivi, *ex art. 276 c.c.*<sup>14</sup>. Ed in più, la prova volta al riconoscimento giudiziale può essere fornita con ogni mezzo, e tanto a conferma del fatto che lo *status* di figlio integri un diritto inviolabile della persona umana, estremamente connesso alla procreazione, e che lo svolgimento del rapporto di filiazione costituisca una situazione giuridica soggettiva di rango primario, destinataria, in quanto tale, di una piena tutela, che si inverte non solo nell'imprescrittibilità, riguardo al figlio, dell'esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità (art. 270, comma 1, c.c.), ma, ancor di più, nella possibilità di provare "con ogni mezzo" la genitorialità della madre "anonima" una volta che questa non sia più in vita (art. 269, comma 2, c.c.). Sicché, la sussistenza di un rapporto di filiazione può provarsi attraverso indizi come le testimonianze

---

<sup>13</sup> Sempre con l'obiettivo di limitare le conseguenze dell'esercizio del diritto della donna di partorire in animato, previsto all'art. 30, d.P.R. n. 396/2000, l'art. 3 del disegno di legge n. 1978 del 2015 propone di aggiungere ad esso un ulteriore comma in base al quale la madre deve essere informata degli effetti giuridici della dichiarazione di non voler essere nominata; della facoltà di revocare, senza limiti di tempo, o di confermare, decorsi diciotto anni dalla nascita del figlio, la dichiarazione di non voler essere nominata e, parimenti, il figlio, deve venire a conoscenza del fatto che, raggiunta l'età prevista dalla legge, possa presentare istanza al Tribunale per i minorenni affinché questo verifichi se la madre intende mantenere l'anonimato. L'art. 2 del disegno di legge n. 1978 del 2015 propone che il vincolo temporale dei cento anni per l'accesso ai documenti contenenti l'identità della partoriente, enunciato dall'art. 93, comma 2, d.lgs. n. 196/2003, venga meno, non solo in caso di revoca dell'anonimato, ma anche nell'ipotesi di decesso della madre.

<sup>14</sup> Riflette sul fatto che la legittimazione passiva per l'esercizio dell'azione giudiziale di maternità non si trasferisca ai discendenti ma agli eredi, BASINI, Giovanni Francesco, "La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità", *Tratt. dir. fam.*, diretto da BONILINI, Giovanni, *La filiazione e l'adozione*, IV, Utet, Milano, 2016, p. 3622.

raccolte, le risultanze di una consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti della pretesa genitrice, nonché la presenza di un verbale di testamento olografo, purché gli stessi, valutati unitariamente, risultino “gravi, precisi e concordanti”.

### **3. L’interesse degli eredi della genitrice a conservare la segretezza sull’identità familiare**

Sebbene, quindi, si discuta di diritti fondamentali, in quanto legati alla sfera essenziale dell’individuo, la difficoltà sorge nel momento in cui gli stessi, per ragioni di conflitto, debbano essere posti in bilanciamento<sup>15</sup>. Osservazione questa che rinviene la propria legittimazione nella circostanza per cui anche i diritti appartenenti a questo rango non possono qualificarsi come “inaffievolibili” in assoluto e in perpetuo.

La compressione del diritto all’anonimato della madre può giustificarsi dato che, in presenza di fatti sopravvenuti, quali la revoca implicita della rinuncia alla genitorialità giuridica e il successivo decesso della donna, più non si ravvisa l’esigenza pubblicistica di tutela della vita e della salute della partoriente e del nascituro<sup>16</sup>, ma solo l’interesse degli eredi della genitrice a conservare la segretezza sull’identità, anche familiare. Poiché, infatti, il diritto alla riservatezza - in quanto diritto della personalità - si estingue con la morte della titolare, sono i congiunti superstiti a vedersi riconosciuti diritti e poteri che si connotano per essere una proiezione *post mortem* della situazione giuridica di cui godeva l’interessata<sup>17</sup>, inevitabilmente recessivi rispetto al diritto fondamentale del figlio all’accertamento del proprio stato.

La lesione del diritto (alla riservatezza) “soccombente”, può, tuttavia, essere giustificata solo nella misura in cui si riveli strettamente funzionale al corretto esercizio del diritto (di accertamento dello stato di figlio) “vittorioso”. Ragion per

---

<sup>15</sup> Cfr., al riguardo, BIN, Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 35 ss.

<sup>16</sup> Cfr. PERLINGIERI, Giovanni, *op. cit.*, p. 18.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, 9 giugno 2008, n. 2866, *Ragiusan*, 2009, 301-302, p. 24.

cui deve essere pregiudicata il meno possibile la *privacy* del nucleo familiare costituito dalla genitrice dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Ciò val quanto dire che il trattamento delle informazioni necessarie per accertare lo stato di figlio deve essere eseguito senza determinare un pregiudizio, anche non patrimoniale, all'immagine, alla reputazione e ad altri beni di primario rilievo costituzionale dei familiari della madre defunta<sup>18</sup>.

## II. SPUNTI PER UNA COMPARAZIONE

Come più volte evidenziato, la prevalenza del diritto alla verità biologica del figlio su quello di anonimato della madre trova legittimazione anche nella lettura convenzionalmente orientata delle norme operanti nel nostro sistema giuridico. Tale soluzione, oltre che essere ragionevole, risulta comunque vincolante in virtù dell'ingresso della CEDU nell'ordinamento europeo, sicché il rispetto dei principi ivi positivizzati deve essere garantito alla luce della prevalenza delle fonti sovranazionali su quelle interne<sup>19</sup>.

Di conseguenza, pur potendosi dedurre che anche gli altri paesi aderenti all'Unione Europea accolgano il medesimo orientamento convenzionalmente conforme, interessante risulta l'esame di alcune normative nazionali che si allontanano considerevolmente da quella italiana<sup>20</sup>. Se, da un lato, l'applicazione concreta dei principi in commento dovrebbe giungere ad un esito generalmente accolto, altrettanto non può dirsi accadere in astratto relativamente alle normative nazionali positivizzate. Gli ordinamenti europei, infatti, pur appartenendo ad una grande "famiglia" fondata su diritti e regole comuni, non solo giuridiche, relativamente al tema di cui si discute, si distinguono non poco e tanto certamente deriva da diverse influenze storiche, culturali e sociali<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

<sup>19</sup> Cfr. BUSNELLI, Francesco Donato - VITUCCI, Maria Chiara, "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 771 s.; GIAIMO, Giuseppe, "Matrimonio in diritto comparato", *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg., Utet giuridica, Torino, 2013, pp. 333 ss.; TORINO, Raffaele, *Nuovi modelli familiari. Il diritto a essere genitori*, Aracne editrice, Roma, 2003, pp. 15 ss.

<sup>20</sup> BOLONDI, Eugenio, "Il diritto della partorientale all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, n. 2, pp. 281 ss.

<sup>21</sup> Cfr. MIRANDA, Antonello, "Famiglie e vecchi diritti: brevi considerazioni sull'evoluzione del rapporto tra diritto, famiglia e società", in *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto. Incentivi, premi, sanzioni, alternative*, a cura di MONATERI, Pier Giuseppe - SOMMA,

Ebbene, nell'ordinamento francese, benché la "filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant" (art. 311-25)<sup>22</sup>, "lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé" (art. 326 code civil), precludendosi, di conseguenza, l'accertamento del vincolo di filiazione<sup>23</sup>. La normativa francese sul parto anonimo ("accouchement sous X"<sup>24</sup>) è, tuttavia, soprattutto rappresentata dalla Loi 93-2002, del 22 gennaio 2002, relativa all'accesso alle origini delle persone adottate<sup>25</sup>, di riforma del Code de l'action sociale et des familles, per effetto della quale non si discorre più di parto "anonimo" ma di parto "con discrezione". Con tale disciplina, si introduce, dunque, il principio della "réversibilité del segreto" in forza del quale si rende revocabile la scelta della madre di restare anonima. A conferma di ciò, si istituisce il Conseil National pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), che può ricevere la dichiarazione di consenso alla rimozione del segreto da parte della madre e, pertanto, essere in grado di comunicare all'interessato l'identità della sua genitrice<sup>26</sup>. Tale organo, in altre parole, ha il compito di verificare l'attualità della volontà di anonimato della donna, sicché potrà comunicarne l'identità soltanto con il consenso della stessa<sup>27</sup>.

---

Alessandro, Esi, Napoli, 2009, pp. 565 ss.; RINELLA, Angelo, "Famiglie e sistemi giuridici", in MORBIDELLI, Giuseppe - PEGORARO Lucio - RINELLA, Angelo - VOLPI, Mauro, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 31 ss.; SCALISI, Vincenzo, "Famiglia" e "famiglie in Europa", *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, pp. 9 ss.

<sup>22</sup> Disposizione normativa introdotta con l'*Ordonnance* n. 2005-759, del 4 luglio 2005, ratificata con la *Loi* n. 2009-61, del 16 gennaio 2009, su cui si rinvia a HAUSER, Jean, "La réforme de la filiation et les principes fondamentaux", *Droit de la Famille*, 2006, n. 1, pp. 1 ss.

<sup>23</sup> FURKEL, Françoise, "Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne", *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1997, nn. 10-12, pp. 93 ss.

<sup>24</sup> Su cui si rinvia a TRILLAT, Brigitte, "L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration, Liber amicorum à la mémoire de Daniel Heut-Weiller", *Pus/Lgdj*, 1994, pp. 513 ss.

<sup>25</sup> "Loi n. 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État", su cui si veda VERDIER, Pierre, "La loi du 22 Janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines?", *AJ Famille*, 2003, n. 3, pp. 92 ss. Per un'attenta analisi, anche in chiave comparatistica, cfr. PASSAGLIA, Paolo, "La tutela dell'identità del minore nell'ordinamento francese al crocevia tra diritto interno e diritto sovranazionale e tra legislazione e giurisprudenza", in PERLINGIERI, Pietro - CHIAPPETTA, Giovanna (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Esi, Napoli, 2017, pp. 310 ss.

<sup>26</sup> STANZIONE, Maria Gabriella, "Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini", *Fam. e dir.*, 2015, n. 2, p. 195, nt. 24, laddove l'a. puntualizza che "una prima attenuazione dell'irreversibilità della scelta dell'anonimato si era avuta dapprima con la loi 96-604 del 5 luglio 1996, che prevedeva l'obbligo del personale sanitario di informare la partoriente della possibilità di fornire informazioni non identificative o di rivelare la propria identità, su richiesta espressa del bambino o dei suoi discendenti". Cfr. ID., "Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 11, pp. 1488 ss.

<sup>27</sup> In merito, v.si PARIS, Davide, "Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del *Conseil constitutionnel* e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale

Resta, senza dubbio, inteso che le informazioni non identificative, le quali non vengono documentate in un registro sigillato, sono rilasciate al richiedente senza necessità di verificare la volontà materna. Per effetto della citata normativa, a ben vedere, se, da un lato, si riconosce alla partoriente il diritto di rimanere anonima, dall'altro, la si informa delle conseguenze giuridiche di tale scelta e della circostanza di poter rimuovere in qualsiasi momento il segreto e rinunciare all'anonimato (art. l 222-6 Social Action and Families Code<sup>28</sup>). Nell'eventualità in cui la donna non voglia rendere nota la sua identità, quest'ultima non potrà essere comunicata, salvo che la richiedente segretezza sia deceduta e non abbia, prima della sua morte, manifestato una volontà contraria all'accesso alle informazioni identificative<sup>29</sup>. A differenza del modello francese, improntato sul volontarismo e sul riconoscimento alla donna di un diritto all'anonimato, quello tedesco risulta, invece, caratterizzato da un sistema automatico di accertamento della maternità che discende direttamente dal parto, come si ricava dal § 1591 BGB il quale, modificato dal Kindschaftsrechtsgesetz del 1997<sup>30</sup>, prevede che “mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat”, in ossequio al principio di responsabilità della procreazione<sup>31</sup>. Ciò almeno fino alla legge 28-8-2013, sulla vertrauliche Geburt<sup>32</sup>, che ha previsto il diritto ad una “maternità non disvelata”, e, quindi, a partorire senza una immediata identificazione<sup>33</sup>, quante volte, soprattutto, la

---

dell'interruzione volontaria della gravidanza)”, *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, n. 10/2012, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), pp. 1 ss.; MALLETT-BRICOUT, Blandine, “Droit d'accès aux origines personnelles: l'embarras de la Court européenne des droits de l'homme”, *Recueil Dalloz*, 2003, n. 9, pp. 1240 ss.; GRÜNDLER, Tatiana, “Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X?”, *LRDH*, 2013, pp. 1 ss.; FALBO, Nicola, “Il diritto alle origini fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Spunti per una comparazione”, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 2, p. 1068.

<sup>28</sup> La normativa prevede che ogni donna ammessa in ospedale che chieda di partorire nell'anonimato sia informata delle conseguenze giuridiche di siffatta scelta. La donna è invitata a lasciare informazioni generali relative alla salute propria e del padre biologico, alle origini del bambino e alle circostanze della nascita, e, separatamente, in un registro sigillato, le informazioni sulla propria identità personale. La partoriente viene poi contestualmente informata del fatto che può, in ogni momento, rinunciare all'anonimato sulla propria identità e che, altrimenti, le informazioni identificative potranno essere fornite all'interessato solo attraverso la procedura di accesso e comunque previo suo consenso.

<sup>29</sup> Cfr. BARBISAN, Benedetta, “Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale”, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 9 maggio 2016.

<sup>30</sup> *KindschaftsRG* del 25 settembre 1997.

<sup>31</sup> Cfr., in merito, HENRICH, Dieter, “La riforma del diritto della filiazione in Germania”, *Ann. dir. ted.*, 1998, pp. 33 ss.; DIURNI, Amalia, “La riforma del quarto libro del BGB”, *ivi*, pp. 47 ss.

<sup>32</sup> Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, 28 ago. 2013, BGBl. I, pag. 3458.

<sup>33</sup> Utile, al riguardo, l'analisi di RUSCONI, Carlo, “La legge tedesca sulla *vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione”, *Eur. e dir. priv.*, 2018, 4, pp. 1347 ss.; MIELITZ, Cornelia, *Anonyme Kindesabgabe. Babyklappe, anonyme Übergabe und*

donna si trovi in condizioni di grande difficoltà nell'assumere scelte che potrebbero essere pregiudizievoli per sé e per il figlio<sup>34</sup>. Segnatamente, all'interno del Schwangerschaftskonfliktgesetz, il § 25 prevede che ogni donna in gravidanza venga edotta sulla possibilità di partorire in modo confidenziale. La legge, nel contempo, specifica però che la madre sia tenuta a fornire la propria identità, che verrà conservata e mantenuta celata fino al compimento del sedicesimo anno di età del figlio che, a partire da quel momento, potrà avere pieno accesso a tutti i dati relativi alle proprie origini<sup>35</sup>. Del resto, già con sentenza del BVerfG del 1988, era stato inserito il diritto di conoscere le proprie origini (Recht auf Kenntnis der Abstammung<sup>36</sup>) tra i Grundrechte, facendolo discendere direttamente dalla dignità della persona sancita dall'art. 1, *absatz 2*, GG.<sup>37</sup> Ne deriva che il sistema nazionale tedesco, a differenza di quanto rilevato con riferimento a quello francese e all'ordinamento giuridico italiano, già "a monte", attribuisce primaria rilevanza al diritto del figlio a conoscere le proprie origini genetiche, in quanto aspetto fondamentale della vita di una persona e del suo sviluppo<sup>38</sup>. Diritto questo previsto anche nel sistema giuridico spagnolo laddove l'adottato maggiorenne (o, se minore, i genitori adottivi) può chiedere all'Entidad Pública informazioni sulle proprie origini, sull'identità e sui dati sanitari dei genitori biologici (cfr. art. 180 código)<sup>39</sup>. Rispetto alla filiazione biologica, nella specie, l'art. 120 Código Civil prevede che l'accertamento della filiazione materna non matrimoniale avvenga

---

*anonyme Geburt zwischen Abwehr Schutzgewährrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 70 ss. In tema, STANZIONE, Maria Gabriella, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, cit., p. 18, pone l'accento sul fatto che fossero rimasti privi di esito sia il progetto di legge, presentato al *Bundestag*, del maggio 2002, relativo al parto anonimo, sia il Progetto del *Land* del Baden-Württemberg, presentato al Bundesrat, il 21 giugno 2002.

<sup>34</sup> RUSCONI, Carlo, *op. cit.*, p. 1364.

<sup>35</sup> Osserva FALBO, Nicola, *op. cit.*, p. 1076.

<sup>36</sup> Cfr., in argomento, KATZENMEIER, Christian, "Rechtsfragen der "Baby klappe" und der medizinisch assistierten "anonymen. Geburt", *FamRZ*, 2005, 1, pp. 134 ss.; HEPTING, Reinhard, "Babyklappe" und "anonyme Geburt", *ivi*, 2001, pp. 1573 ss.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschluss 18 gennaio 1988, *FamRZ*, 1989, p. 147 e BVerfG, Beschluss 31 gennaio 1989, *ivi*, pp. 255 ss. Sul tema, cfr. STARCK, Christian, "Anmerkung BVerfG vom 31.1.1989", *JZ*, 1989, pp. 338 ss.; RAMM, Thilo, "Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht", *NJW*, 1989, pp. 220 ss.

<sup>38</sup> BALDINI, Vincenzo, "Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana", *www.dirittifondamentali.it*, 3 febbraio 2014, pp. 1 ss.

<sup>39</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores, "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Revista de derecho civil*, 2017, n. 3, pp. 95 ss.; VILLALUENGA, Leticia García - LINACERO de la FUENTE, María, *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 21 ss.; MOLINER NAVARRO, Rosa, "Adopción, familia y derecho", *Rev. Boliv de derecho*, 2012, n. 14, pp. 98 ss.

mediante la formazione di un atto di nascita recante l'indicazione della madre<sup>40</sup>. "El derecho a conocer el propio origen biológico" trova il suo addentellato normativo nell'art. 39.2 Constitución<sup>41</sup>, che tutela la ricerca della paternità e l'accertamento della maternità<sup>42</sup>. Tanto che, come ormai noto, il Tribunal Supremo, con sentenza del 21 settembre 1999, ha dichiarato la nullità delle disposizioni regolamentari sul parto anonimo per contrasto con il richiamato art. 39, c. 2<sup>43</sup>, nonché con gli artt. 10, sulla dignità umana, sui diritti inviolabili e sul libero svolgimento della personalità, e 24, c. 1, in punto di tutela effettiva dei diritti, della medesima Constitución<sup>44</sup>. Per la giurisprudenza spagnola, tuttavia, a venire, così, effettuato non è un bilanciamento, non potendo, a monte, rintracciarsi alcun conflitto tra gli interessi implicati. La facoltà della donna di partorire in anonimato non può recedere rispetto al diritto del figlio a conoscere le proprie origini, non avendo la prima alcun rilievo costituzionale, ma anzi ponendosi in diretto conflitto con l'applicazione di altri interessi (di carattere, invece, costituzionale), quali il diritto di uguaglianza e quello di libera ricerca della paternità. Per effetto di tale pronuncia, si impone, a ben vedere, un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata degli artt. 115 e 120

---

<sup>40</sup> In merito, v.si LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma", *Familia*, 2006, n. 3, pp. 545 ss.

<sup>41</sup> Art. 39-2 Costituzione spagnola: "I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri qualunque sia il loro stato civile. La legge potrà consentire l'accertamento della paternità".

<sup>42</sup> Cfr. HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, "Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica", *Revista de Derecho Privado*, 2005, nn. 7-8, pp. 26 ss.; PULIDO, QUECEDO, Manuel, "¿El fin de la filiación anónima?", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2005, 2, pp. 2 ss.; RUBIO, TORRANO, Enrique, "El secreto de la maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, 2003, pp. 9 ss.; QUESADA, GONZÁLEZ, María Corona, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*, 1994, 2, pp. 237 ss.

<sup>43</sup> Art. 14, Costituzione spagnola: "Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale".

<sup>44</sup> Tribunal Supremo, 21 settembre 1999, n. 776, *RJ*, 1999, pp. 6944 ss. Cfr., sul tema, Tribunal Constitucional, 17 giugno 1999, n. 116, ricorso d'incostituzionalità n. 376/1989, promosso dai "Diputados del Grupo Parlamentario Popular", contro la Ley 35/1998, del 22 novembre, "Sobre técnicas de reproducción asistida", *BOE*, 8 luglio 1999, n. 162, pp. 67 ss. In merito, si rinvia a RIVERO HERNANDEZ, Francisco, "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 junio, al affaire Odièvre", *Familia*, 2004, pp. 349 ss.; CHOFRE SIRVENT, Jorge, "Reproducción asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001, n. 7, pp. 334 ss.; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, "El derecho a conocer los orígenes biológicos de la reproducción asistida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n. 10, pp. 586 ss.; DEL PILAR CÁMARA AGUILA, María, "Sobre la constitucionalidad de la Ley de técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)", *Derecho Privado y Constitución*, 1993, 13, pp. 117 ss.

del Código civil, nel senso per cui la filiazione nei confronti della madre dovrà risultare da uno degli atti formali previsti da tali norme, senza che possa esservi omessa l'identità della madre-partoriente<sup>45</sup>, tutelandosi, così, in modo incontrovertibile, il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

La differenza tra i sistemi giuridici europei<sup>46</sup>, come innanzi evidenziato, riguarda, dunque, le modalità attraverso cui il rapporto di filiazione si realizza; in particolare, vi sono ordinamenti che non riconoscono alla madre facoltà diverse dal riconoscimento del figlio biologico, mentre altri prevedono sistemi di instaurazione della filiazione automatica nei confronti della stessa, salvo l'esercizio del diritto all'anonimato<sup>47</sup>. Laddove il diritto alla riservatezza del parto venga esercitato non potrà, comunque, essere preclusa *sine die* al figlio la possibilità di conoscere le proprie origini biologiche, trattandosi in ogni caso di un diritto esistenziale, indisponibile e potestativo<sup>48</sup> e dovendosi, evidentemente, evitare, per il figlio, dei pregiudizi sul piano psicologico e, in taluni casi, anche eventuali riflessi negativi sulla tutela della sua salute. Tale affermazione, ancora una volta espressione della prevalenza del *favor veritatis*, trova fondamento anche nelle pronunce della giurisprudenza della CEDU, ed in particolare in quella sul caso *Godelli c. Italia*<sup>49</sup>, ove si mette in luce la necessità di non impedire al figlio

---

<sup>45</sup> FALBO, Nicola, *op. cit.*, p. 1073; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Riv. dir. succ. fam.*, 2018, 1, pp. 301 ss.; ID., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n. 8, pp. 11 ss.; HERNANDEZ Carmen Sánchez, “Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida”, *ivi*, 2018, n. 8, pp. 138 ss.

<sup>46</sup> Il modello inglese, invece, si caratterizza per il riconoscimento del diritto alla identità genetica e al mantenimento del rapporto genitoriale con la famiglia biologica, ammettendo l'accesso alle origini e postulandovi delle compressioni solo in casi eccezionali, come si ricava dall'*Adoption Act 1976* e dall'*Adoption and Children Act 2002* che prevedono, segnatamente, il diritto dell'adottato maggiorenne a conoscere le generalità dei genitori biologici. In tema, cfr. VALENTE, Cinzia, “Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: brevi note su due esperienze giuridiche a confronto”, *www.rivistafamilia.it*, 16 luglio 2020.

<sup>47</sup> Cfr. TROIANO, Stefano, “Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il “dilemma” della donna partoriente all'anonimato”, in AA.VV., *Parte generale e persone*, Liber Amicorum per Dieter Henrich, a cura di GABRIELLI, Giovanni - PATTI, Salvatore - ZACCARIA, Alessio - PADOVINI, Fabio - CUBEDDU WIEDEMANN, Maria Giovanna - TROIANO, Stefano, Torino, 2012, p. 178; GIGLIOTTI, Fulvio, “Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)”, *Eur. dir. priv.*, 2017, n. 3, pp. 901 ss.

<sup>48</sup> In tal senso, sebbene in tema di diritto a conoscere le proprie origini in relazione allo sviluppo in Italia delle tecniche di riproduzione assistita, CHIAPPETTA, Giovanna, “*Favor veritatis* ed attribuzione dello *status filiationis*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, n. 4 ter, pp. 166 ss.

<sup>49</sup> Corte eur. dir. uomo, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, cit., per cui “l'interesse vitale dell'individuo a ottenere le informazioni necessarie alla scoperta della verità con riguardo ad un

la creazione di una relazione di fatto con il proprio genitore biologico, senza che la stessa divenga necessariamente “genitorialità giuridica”; conclusione, questa, che esprime un corretto bilanciamento dei contrapposti interessi. Sussistono, d'altronde, modelli di filiazione adottiva (come quella c.d. mite<sup>50</sup>) caratterizzati dalla partecipazione dei genitori biologici alla crescita e allo sviluppo del minore. Secondo i giudici di Strasburgo, come anticipato, il diritto del figlio alla ricerca della propria identità biologica è un interesse vitale, direttamente connesso al rispetto della vita privata, ex art. 8 CEDU, che comprende il diritto di stabilire relazioni con altri e, di conseguenza, quello di conoscere tutti i dettagli funzionali allo sviluppo della propria personalità. Se, da un lato, la nascita e le relative circostanze rientrano nella “vita privata” - convenzionalmente rilevante - del bambino, poi adulto, dall'altro, anche quello della madre è interesse rilevante ex art. 8 CEDU. Alla luce di queste osservazioni, secondo la Corte di Strasburgo, devono imporsi agli Stati membri non solo regole di carattere negativo, intese come divieti di ingerenza nelle “vite” delle “persone”, ma anche obblighi positivi, che possono implicare la previsione di misure idonee al rispetto effettivo degli interessi in gioco. La realizzazione di tale obiettivo rientra comunque nella discrezionalità degli Stati membri che pongono in essere di volta in volta il bilanciamento, che potrà dirsi legittimo solo se ragionevole e proporzionato, anche alla luce delle “linee guida” fornite dall'ordinamento sovranazionale<sup>51</sup>. Tutte le osservazioni sin qui esposte acquisiscono ancor più fondamento alla luce del mutamento nel panorama europeo del concetto sociale, prima che giuridico, della famiglia<sup>52</sup>. L'accoglimento della prevalenza del *favor filiationis*, in particolare nella sua declinazione di *favor veritatis*, trova, infatti, giustificazione

---

aspetto importante della [propria] identità personale, parte integrante del diritto alla vita privata, integra un diritto soggettivo ed ultra-personale e, pertanto, imprescrittibile”.

<sup>50</sup> Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1476, *Foro it.*, 2021, 6, cc. 2074 ss., con nota di MENDOLA, Angela, “Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»”, per cui il giudice, chiamato a decidere sulla dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono, deve accertare l'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione “piena” una “*extrema ratio*”, alla quale dover preferire, ricorrendone i presupposti, la cd. adozione mite, idonea a non recidere del tutto il rapporto tra il minore e la famiglia di origine.

<sup>51</sup> STILE, Maria Teresa, “I rinnovati rapporti tra Corte Costituzionale e Corti Europee. Vuoto legislativo e giudice legiferante”, in BUFFA, Francesco (a cura di), *Il diritto in Europa oggi*, Key editore, Milano, 2018, 24, pp. 21 ss.

<sup>52</sup> GOLOMBOK, Susan, *Modern Families, Parent and Children in New Families Forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 15 ss.; LIPARI, Nicolò, “Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma sul diritto di famiglia”, *Riv. trim. proc. civ.*, 2005, n. 3, pp. 715 ss.; RESCIGNO, Pietro, “Sui diversi modelli di vita familiare”, in *Scritti in memoria di M. Buoncristiano*, Jovene, Napoli, 2002, II, p. 1159.

nell'abbandono della tipicità dell'istituzione della famiglia fondata sul matrimonio e nell'adesione alla contraria visione pluralistica della stessa<sup>53</sup>, diversa nei vari Stati e nelle molteplici culture<sup>54</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ANDREOLA, Emanuela, "Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima", *Fam. e dir.*, 2017, n. 1, pp. 19 ss. (nota a Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838).

AULETTA, Tommaso, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011.

AVITABILE, Alberto, "Il diritto all'anonimato in ambito familiare", in GALGANO, Francesco (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di FINOCCHIARO, Giusella, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 143 ss.

BALDINI, Vincenzo, "Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana", *www.dirittifondamentali.it*, 3 febbraio 2014, pp. 1 ss.

BARBISAN, Benedetta, "Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale", *www.diritticomparati.it*, 9 maggio 2016.

BASINI, Giovanni Francesco, "La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità", *Tratt. dir. fam.*, diretto da BONILINI, Giovanni, *La filiazione e l'adozione*, IV, Utet, Milano, 2016, p. 3622 ss.

---

<sup>53</sup> Sul tema, si rinvia a ZAMBRANO, Virginia, "Ex facto oritur ius". La metamorfosis de los modelos familiares en Italia, a saber, la "conversión de un caballo", *Derecho de familia*, 2018, vol. 85, pp. 43 ss.; MARELLA, Maria Rosaria - MARINI, Giovanni, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 15 ss.

<sup>54</sup> ZAMBRANO, Virginia, "Globalización del derecho y las relaciones familiares: la experiencia italiana", *Derecho de familia*, 2022, vol. 103, pp. 58 ss.

BENACCHIO, Gian Antonio, *Diritto privato dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010.

BIN, Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

BOLONDI, Eugenio, "Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, n. 2, pp. 281 ss.

BUGETTI, Maria Novella, "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", *Corr. giur.*, 2017, n. 5, pp. 624 ss. (nota a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946).

BUGETTI, Maria Novella, "Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", *Fam. e dir.*, 2016, n. 5, pp. 481 ss. (nota a Trib. Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475).

BUSNELLI, Francesco Donato - VITUCCI, Maria Chiara, "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 4, pp. 771 ss.

CARBONE, Vincenzo, "Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto", *Corr. giur.*, 2017, n. 1, pp. 29 ss. (nota a Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024).

CARBONE, Vincenzo, "Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno", *Fam. e dir.*, 2014, n. 1, pp. 15 ss. (nota a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278).

CARBONE, Vincenzo, "Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini", *Corr. giur.*, 2013, n. 7, pp. 940 ss.

CHIAPPETTA, Giovanna, "*Favor veritatis* ed attribuzione dello *status filiationis*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 4 ter, pp. 166 ss.

CHOFRE SIRVENT, Jorge, “Reproducción asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001, n. 7, pp. 334 ss.

CIPPITANI, Roberto, “Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica”, *Dir. fam. pers.*, 2012, n. 4, pp. 1836 ss.

CLARIZIA, Oriana, “Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, n. 2, pp. 115 ss.

CUBEDDU, Maria Giovanna, “La disciplina dell’accertamento dello *status* di figlio nei principali paesi europei”, *Familia*, 2006, n. 2, pp. 269 ss.

CUFFARO, Vincenzo - D’ORAZIO, Roberto - RICCIUTO, Vincenzo (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019.

DEL PILAR CÁMARA AGUILA, María, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)”, *Derecho Privado y Constitución*, 1993, n. 13, pp. 117 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n. 8, pp. 11 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Riv. dir. succ. fam.*, 2018, n. 1, pp. 301 ss.

DIURNI, Amalia, “La filiazione nel quadro europeo”, *Il nuovo diritto di famiglia. Filiazione e adozione*, III, a cura di FERRANDO, Gilda, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 49 ss.

DIURNI, Amalia, “La riforma del quarto libro del BGB”, *Ann. dir. ted.*, 1998, pp. 47 ss.

ERAMO, Federico, “Il diritto all’anonimato della madre partoriente”, *Fam. e dir.*, 2006, 2, pp. 130 ss. (nota a Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425).

FALBO, Nicola, “Il diritto alle origini fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Spunti per una comparazione”, *www.dirittifondamentali.it*, 2020, n. 2, p. 1068 ss.

FERRANDO, Gilda: “La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali”, *Corr. giur.*, 2013, n. 3, p. 534 ss.

FURKEL, Françoise, “Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d’Allemagne”, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1997, nn. 10-12, pp. 93 ss.

GIAIMO, Giuseppe, “Matrimonio in diritto comparato”, *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg., Utet giuridica, Torino, 2013, pp. 333 ss.

GIGLIOTTI, Fulvio, “Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)”, *Eur. dir. priv.*, 2017, n. 3, pp. 901 ss.

GOLOMBOK, Susan, *Modern Families, Parent and Children in New Families Forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 15 ss.

GRANELLI, Carlo, “Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di “dialogo” fra Corti”, *Persona e Mercato*, 2017, n. 1, pp. 48 ss.

GRÜNDLER, Tatiana, “Les droits des enfants contre les droits des femmes: vers la fin de l’accouchement sous X?”, *LRDH*, 2013, pp. 1 ss.

HAUSER, Jean, “La réforme de la filiation et les principes fondamentaux”, *Droit de la Famille*, 2006, 1, pp. 1 ss.

HENRICH, Dieter, “La riforma del diritto della filiazione in Germania”, *Ann. dir. ted.*, 1998, pp. 33 ss.

HEPTING, R., “‘Babyklappe’und ‘anonyme Geburt’”, *FamRZ*, 2001, pp. 1573 ss.

HERNANDEZ, Carmen Sánchez, “Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n. 8, pp. 138 ss.

HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, nn. 7-8, pp. 26 ss.

KATZENMEIER, Christian, “Rechtsfragen der “Baby klappe” und der medizinisch assistierten ‘anonymen. Geburt’”, *FamRZ*, 2005, n. 1, pp. 134 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma”, *Familia*, 2006, n. 3, pp. 545 ss.

LIPARI, Nicolò, “Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma sul diritto di famiglia”, *Riv. trim. proc. civ.*, 2005, n. 3, pp. 715 ss.

LONG, Joëlle, “La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, il parto anonimo e l’accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, n. 2, pp. 283 ss.

MALLET-BRICOUT, Blandine, “Droit d’accès aux origines personnelles: l’embarras de la Court européenne des droits de l’homme”, *Recueil Dalloz*, 2003, n. 9, pp. 1240 ss.

MANTOVANI, Manuela, “Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, n. 6, pp. 323 ss.

MARELLA, Maria Rosaria - MARINI, Giovanni, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

MENDOLA, Angela, “Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell’adozione c.d. «mite»”, *Foro it.*, 2021, n. 6, cc. 2074 ss. (nota a Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1476).

MENDOLA, Angela, “Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all’anonimato materno”, *Fam. e dir.*, 2021, n. 2, pp. 163 ss. (nota a Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 119824).

MENDOLA, Angela, *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di Familia*, diretti da PATTI, Salvatore, Pisa, Pacini, 2020.

MIELITZ, Cornelia, *Anonyme Kindesabgabe. Babyklappe, anonyme Übergabe und anonyme Geburt zwischen Abwehr Schutzgewährrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 70 ss.

MIRANDA, Antonello, “Famiglie e vecchi diritti: brevi considerazioni sull’evoluzione del rapporto tra diritto, famiglia e società”, in *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto. Incentivi, premi, sanzioni, alternative*, a cura di MONATERI, Pier Giuseppe - SOMMA, Alessandro, Esi, Napoli, 2009, pp. 565 ss.

MOLINER NAVARRO, Rosa, “Adopción, familia y derecho”, *Rev. Boliv de derecho*, 2012, n. 14, pp. 98 ss.

MUSIO, Antonio: “Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali (artt. 28-49)”, in MUSIO, Antonio - NADDEO, Francesca, a cura di STANZIONE, Pasquale, *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 150 ss.

PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Revista de Derecho Civil*, 2017, n. 3, pp. 95 ss.

PARIS, Davide, “Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del *Conseil constitutionnel* e della Corte europea dei diritti dell’uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell’inquadramento costituzionale dell’interruzione volontaria della gravidanza)”, *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, n. 10/2012, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), pp. 1 ss.

PASSAGLIA, Paolo, “La tutela dell’identità del minore nell’ordinamento francese al crocevia tra diritto interno e diritto sovranazionale e tra legislazione e

giurisprudenza”, in PERLINGIERI, Pietro - CHIAPPETTA, Giovanna (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Esi, Napoli, 2017, pp. 310 ss.

PERLINGIERI, Giovanni, “Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n. 10, pp. 19 ss.

PULIDO QUECEDO, Manuel, “¿El fin de la filiación anónima?”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2005, 2, pp. 2 ss.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1994, n. 2, pp. 237 ss.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, “El derecho a conocer los orígenes biológicos de la reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n. 10, pp. 586 ss.

RAMM, Thilo, “Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht”, *NJW*, 1989, pp. 220 ss.

RENDA, Andrea, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2008.

RENDA, Andrea, “La sentenza Odièvre c. Francia della Corte Europea dei diritti dell’uomo: un passo indietro rispetto all’interesse a conoscere le proprie origini biologiche”, *Familia*, 2004, n. 6, pp. 1121 ss.

RESCIGNO, Pietro: “Sui diversi modelli di vita familiare”, in *Scritti in memoria di M. Buoncristiano*, Jovene, Napoli, 2002, II, pp. 1159 ss.

RINELLA, Angelo, “Famiglie e sistemi giuridici”, in MORBIDELLI, Giuseppe - PEGORARO Lucio - RINELLA, Angelo - VOLPI, Mauro, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 31 ss.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen

biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 junio, al affaire Odièvre”, *Familia*, 2004, pp. 349 ss.

RUBIO TORRANO, Enrique, “El secreto de la maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, 2003, pp. 9 ss.

RUSCONI, Carlo, “La legge tedesca sulla *vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione”, *Eur. e dir. priv.*, 2018, 4, pp. 1347 ss.

SASSI, Andrea, “Tutele crescenti della persona e *status* familiari in Italia e nell’Unione Europea”, *URBE et IUS*, 2015, n. 14, pp. 62 ss.

SCALISI, Vincenzo, ““Famiglia” e “famiglie” in Europa”, *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, pp. 9 ss.

SESTA, Michele, “Accertamento dello stato di figlio dopo il d.lgs. n. 154/2013”, *Fam. e dir.*, 2014, 5, pp. 454 ss.

STANZIONE, Maria Gabriella, “Scelta della madre per l’anonimato e diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini”, *Nuova giur. civ., comm.*, 2017, n. 3, pp. 319 ss. (nota a Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838).

STANZIONE, Maria Gabriella, “Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 11, pp. 1488 ss.

STANZIONE, Maria Gabriella, “Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini”, *Fam. e dir.*, 2015, n. 2, pp. 195 ss.

STANZIONE, Maria Gabriella, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, Torino, 2015.

STARCK, Christian, “Anmerkung BVerfG vom 31.1.1989”, *JZ*, 1989, pp. 338 ss.

STILE, Maria Teresa, “I rinnovati rapporti tra Corte Costituzionale e Corti Europee. Vuoto legislativo e giudice legiferante”, in BUFFA, Francesco (a cura di), *Il diritto in Europa oggi*, Key editore, Milano, 2018, 24, pp. 21 ss.

TORINO, Raffaele, *Nuovi modelli familiari. Il diritto a essere genitori*, Aracne editrice, Roma, 2003.

TRILLAT, Brigitte, “L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration”, *Liber amicorum à la mémoire de Daniel Heut-Weiller, Pus/Lgdj*, 1994, pp. 513 ss.

TROIANO, Stefano, “Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il “dilemma” della donna partoriente all'anonimato”, in AA.VV., *Parte generale e persone. Liber Amicorum per Dieter Henrich*, a cura di GABRIELLI, Giovanni - PATTI, Salvatore - ZACCARIA, Alessio - PADOVINI, Fabio - CUBEDDU WIEDEMANN, Maria Giovanna - TROIANO, Stefano, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 178 ss.

VALENTE, Cinzia, “Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: brevi note su due esperienze giuridiche a confronto”, *www.rivistafamiglia.it*, 16 luglio 2020.

VARANO, Vincenzo - BARSOTTI, Vittoria, “*La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*”, Torino, Giappichelli, 2018.

VERDIER, Pierre, “La loi du 22 Janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines?”, *AJ Famille*, 2003, n. 3, pp. 92 ss.

VILLALUENGA, Leticia García – de la FUENTE, Maria, *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Madrid, Ministerio de Trabajo Asuntos Sociales, 2006.

ZAMBRANO, Virginia, “Globalización del derecho y las relaciones familiares: la experiencia italiana”, *Derecho de familia*, 2022, vol. 103, pp. 58 ss.

ZAMBRANO, Virginia, “Ex facto oritur ius”. La metamorfosis de los modelos familiares en Italia, a saber, la “conversión de un caballo”, *Derecho de familia*, 2018, vol. 85, pp. 43 ss.



## CAPÍTULO III

# El Derecho a la Identidad y el Interés Superior del Niño o Menor. Análisis comparativo entre Perú y España

*Javier Martin Cuadros Gutiérrez*

*Universidad Privada del Norte – UPN (PERÚ)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ. 1. Constitución. 2. Código Civil. 3. Código de los Niños y Adolescentes. IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ESPAÑA. 1. Constitución. 2. Código Civil. 3. Ley de Protección Jurídica del Menor. 4. Ley del Registro Civil y su reglamento. V. ANÁLISIS. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. INTRODUCCIÓN

En alguna oportunidad, todos hemos escuchado la canción de Roberto Blades, intitulada “*Si estuvieras conmigo*”, en específico el verso que dice así “Solo, que solo estoy. Aun con tanta gente a mí alrededor, yo sigo solo. ¿Quién soy, a dónde voy? (...) en este mundo incierto donde vivo yo”. Considero que, partiendo de este verso, podemos reflexionar sobre el Derecho a la Identidad, tanto en su vertiente estática, como dinámica, reconociendo que no solo es importante para un niño el tener un prenombre o prenombrados y apellidos, sino, también, conocer quiénes son sus padres, así como cuál es su entroncamiento familiar, ya que solo así este podrá responder a las distintas interrogantes que han de surgir como, por

ejemplo, por qué tiene ciertos rasgos físicos o de personalidad o por qué se identifica con ciertas personas o grupos y no con otros.

Considero que solo salvaguardar la vertiente estática del Derecho a la Identidad en los niños podría traer consecuencias negativas en estos, ya que mellaría el pleno y armonioso desarrollo que estos deben de tener y por los cuales deben de velar, no solo sus padres y su familia, sino también la comunidad y el Estado.

Es así que, en las siguientes líneas, analizaré la regulación del Derecho a la Identidad y su vinculación con el Principio del Interés Superior del Niño o Menor, teniendo como referencia lo regulado por las legislaciones peruana y española.

## II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño -en adelante la Convención-: “es un tratado de las Naciones Unidas y la primera ley internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos del niño y la niña”<sup>1</sup>. En el inciso 1, de su artículo 3, se regula el Principio del Interés Superior del Niño -en adelante PISN-, en los siguientes términos: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

Asimismo, en los incisos 1 y 2 de su artículo 7, se regula el Derecho al Nombre – en adelante DN- : “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Así, también, en los incisos 1 y 2, de su artículo 8, reconoce el Derecho a la Identidad -en adelante DI-: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y

---

<sup>1</sup> UNICEF. (2005). Comité Español, *Convención sobre los Derechos del niño, Versión adaptada para jóvenes*, Madrid: Nuevo Siglo.

las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

El Perú suscribió la Convención el 26 de enero de 1990, la ratificó el 03 de agosto de ese mismo año y la publicó en el diario oficial “*El Peruano*” el 14 del mismo mes. Asimismo, España la suscribió el 26 de enero de 1990, la ratificó el 30 de noviembre y la publicó en el Boletín Oficial del Estado el 04 de enero de 1991. Es así como ambos Estados asumieron la obligación de adecuar su legislación interna a las directrices de la Convención, por lo que, en los siguientes párrafos, analizaré las repercusiones de estas en relación con el DI y el PISN.

### **III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ**

#### **1. Constitución**

La Constitución Peruana -en adelante CP- reconoce, de forma explícita, en el inciso 1, de su artículo 2, el DI, estableciendo que toda persona tiene derecho “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Asimismo, el Tribunal Constitucional Peruano -en adelante TC- precisó, en su sentencia de fecha 20 de abril de 2006, sobre el aludido derecho: “Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>.

Lo señalado fue ratificado en la sentencia de fecha 23 de setiembre de 2010, en la que el TC afirmó que: “El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.), y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”<sup>3</sup>.

La CP no reconoce, de forma explícita, el PISN. Sin embargo, en su artículo 4, establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Es más, el TC, en su sentencia de fecha 11 de julio de 2005, precisó que “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas”<sup>4</sup>, reconociendo, así, que los niños, por su propia naturaleza, son altamente vulnerables y se encuentran permanente expuestos, por lo que requieren de una protección especial, no solo por parte de sus padres, sino también de la comunidad y el Estado.

## **2. Código Civil**

El Código Civil Peruano -en adelante CCP- señala, en su artículo 1, “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”. Es así como se reconoce al niño como sujeto de derecho. Asimismo, en su artículo 5, hace mención a la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión (...)”, pese a que el CCP no señala de forma explícita al DI, este sí reconoce su existencia, ya que, en su redacción, contiene una cláusula abierta, en la que señala: “y demás inherentes a

---

<sup>3</sup> <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05829-2009-AA.pdf>.

<sup>4</sup> <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>.

la persona humana”, remitiéndonos así a un amplio catálogo de derechos, dentro de los cuales se encuentra el DI.

Conforme ha reconocido el TC, el DI se encuentra vinculado al DN, el mismo que es regulado por el artículo 20 del CCP, en los siguientes términos: “Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”. Es así como se reconoce que el nombre se encuentra estructurado en prenombrados y apellidos, sobre el primero de estos no se establece ninguna restricción a los padres, otorgándoseles a estos libertad absoluta o libertinaje -lo que denota una diferencia con la legislación española, que sí establece límites a los padres al momento de elegir los prenombrados de sus hijos-. Sobre el segundo de estos, se precisa que el hijo llevará el primer apellido del padre y el primero de madre, no estableciendo ningún orden de prelación, dando lugar a que pueda registrarse primero el apellido de la madre que el del padre -lo que denota otra diferencia con la legislación española, ya que no se precisa cómo resolver el conflicto que eventualmente pudiera presentarse en caso ambos padres quisieran que su apellido se inscriba como primero-.

Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del TC de fecha 23 de marzo de 2021<sup>5</sup> que recalcó que no existe impedimento alguno para que la madre registre primero su apellido que, si bien es cierto, por lo general se registra primero el apellido del padre, esto no responde a ningún acto de discriminación que reconozca al hombre una posición de superioridad frente a la mujer, sino que esto responde a una tradición histórica. Particularmente, nunca dudé que pudiera registrarse primero el apellido de la madre, ya que el artículo 20 del CCP debe interpretarse a la luz del inciso 2, del artículo 2 de la CP, que señala que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, así como del literal a, del inciso 24, del artículo 2 del mismo cuerpo normativo, que establece que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

---

<sup>5</sup> <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02970-2019-HC.pdf>

Continuando, con el análisis del DI y el DN, es necesario precisar que el CCP, regula, en su artículo 21, que “(...) cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”. Si bien algunos podrán sostener que, con este artículo, se reconoce la existencia de hogares monoparentales, es decir, aquellos formados por solo uno de los progenitores, en este caso solo por la madre, quien podría haber optado por ser madre soltera por elección, habiéndose sometido, por ejemplo, a un procedimiento de inseminación artificial, considero que el mencionado artículo no solo ampararía la situación antes descrita -la misma que considero correcta-, sino que, también, podría dar lugar a que una mujer, sin expresión alguna, se niegue a identificar al padre del niño. Es decir, bien podría ocurrir que, por ejemplo, la mujer considere que el varón no será un buen padre y, en el supuesto afán de proteger al niño, se niegue a hacer de conocimiento de este su paternidad. Considero que una situación como esta no solo vulneraría el derecho del padre, sino en especial el DI del niño.

El artículo 21 del CCP, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, puesto que en este se justifica un trato diferenciado entre la mujer y el varón, mientras que a esta se le otorga la posibilidad de inscribir el nacimiento de un niño solo con sus apellidos, sin necesidad de identificar al padre de su hijo, con el varón no ocurre lo contrario; ahora bien, quizás alguien podrá argumentar que la redacción de este artículo –conforme señalé en los párrafos precedentes- responde al reconocimiento de hogares monoparentales, aun así este seguiría siendo discriminatorio, ya que solo reconocería hogares monoparentales conformados por una mujer, más no por un varón – en el Perú es de conocimiento público el caso del productor de televisión Ricardo Morán Vargas<sup>6</sup>-. Sin embargo, recalco que esto no se trata de una disputa entre mujeres y varones, sino que se tiene que tener en consideración que de por medio existe un niño que, como titular de derechos, merece que se respete y proteja, entre otros, su DI, tanto en su vertiente estática como dinámica, por lo que el niño, será el único facultado a catalogar a sus padres como “buenos” o “malos”.

El CCP reconoce el DI al regular el DN; sin embargo, este lo hace en su vertiente estática que “responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye,

---

<sup>6</sup> Para mayor ilustración puede consultarse el siguiente video: [https://www.youtube.com/watch?v=LLQhYX\\_k5zs](https://www.youtube.com/watch?v=LLQhYX_k5zs)

como regla, sobre datos físicos de una persona”<sup>7</sup>. Es decir, se cumple con la forma que el niño lleve sus prenombrs y apellidos, mas no lo hace en su vertiente dinámica, que abarca “las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historial personal, su biografía existencial, su estructura social y dinámica”<sup>8</sup>. En ese sentido, para la legislación peruana, es suficiente con que el niño lleve prenombrs y apellidos, mas no que este conozca quiénes son sus padres, así como cuál es su entroncamiento familiar.

### **3. Código de los Niños y Adolescentes**

El Código de los Niños y Adolescentes -en adelante CNYA- establece, en el artículo IX, de su Título Preliminar el PISN, que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Esto significa que reconoce, de forma explícita, las obligaciones asumidas por el Perú a través de la Convención, las mismas que deben reflejarse en sus distintos ámbitos de acción, dentro de los cuales destaca el legislativo.

Asimismo, el CNYA señala en el inciso 1, de su artículo 6, el Derecho a la Identidad: “El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”. Este cuerpo normativo, al igual que el CCP, reconoce el DN y el DI. Sin embargo, conforme precisé en el párrafo precedente, solo abarca el DI en su vertiente estática, mas no en su vertiente dinámica, es decir, se cuidan las formas, más no los fines.

---

<sup>7</sup> HERRERA, Marisa, “Manual de Derecho de las Familias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 403.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

## **IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ESPAÑA**

### **1. Constitución**

La CE señala en el inciso 4, de su artículo 39, que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Es así que, entre los distintos acuerdos internacionales que han sido suscritos por España y ratificados oportunamente por su parlamento, destaca la Convención, la cual, conforme fue señalado en los párrafos precedentes, en el inciso 1, de su artículo 3, reconoce el PISN, el cual deberá de aplicarse ante la presencia de cualquier conflicto que afecte la esfera personal o familiar del niño. Asimismo, en el inciso 1, de su artículo 7, se regula el DN, el mismo destaca que “en la medida de lo posible estos deberán conocer a sus padres” y, finalmente, los incisos 1 y 2, de su artículo 8, que reconoce el DI, el mismo que debe de ser preservado por los Estados adherentes.

### **2. Código Civil**

El CC regula, en su artículo 108, que: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, para el presente artículo, la filiación relevante será aquella denominada no matrimonial. Asimismo, el CC precisa, en su artículo 109, que: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos”, en los casos en que uno solo de los progenitores registre al niño, no se presentarán mayores

inconvenientes. Así también, el CC señala en el inciso 5, de su artículo 120, sobre la filiación no matrimonial, que esta quedará determinada legalmente “Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”. Es decir, la madre podrá inscribir al niño con sus apellidos, no siendo obligatorio, para ello, que esta identifique al padre.

### **3. Ley de Protección Jurídica del Menor**

La LO 1/1996 regula en el inciso 1, de su artículo 2, el PISN, al señalar: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Asimismo, su artículo 3, sobre los instrumentos internacionales que protegen al menor, precisa: “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional”. Es así como se reconoce, de forma explícita, el PISN y se establecen directrices internas para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por la Convención.

#### **4. Ley del Registro Civil y su reglamento**

La Ley 20/2011 del 21 de julio de 2011 o Ley de Registro Civil -en adelante LRC- establece en el inciso 4, de su artículo 44, que: “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último”.

La regulación española es similar a la peruana en cuanto a que exige, para la inscripción de nacimiento, siempre la filiación materna, permitiendo, así, que la madre puede inscribir al niño con sus apellidos y negarse a identificar al padre, sin motivo alguno. Asimismo, en el inciso 3, de su artículo 45, establece que tienen la obligación de promover la inscripción de los niños, entre otros: “Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo, en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación que será asumida por la Entidad Pública correspondiente”, reconociéndose la responsabilidad de los progenitores sobre la inscripción del nacimiento de los niños, por lo que también debería de considerarse la responsabilidad de estos en caso de omitir información que sea relevante para identificar al padre del niño.

Así, también, el Reglamento de la Ley del Registro Civil -RLRC- en el inciso 2, de su artículo 49, señala que: “La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que, en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de

nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos. El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición “de” y las conjunciones “y” o “i” entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente ley”. Lo regulado en este extremo denota otra diferencia con la legislación peruana, ya que en España si se ha precisado como se debe actuar en casos en que existan conflictos entre los padres sobre el orden de apellidos.

## **V. ANÁLISIS**

El Perú y España han suscrito la Convención y la han ratificado oportunamente por sus parlamentos, asumiendo, así, la obligación de adecuar su legislación interna a las directrices de esta. Por ello, ambos Estados han reconocido, de forma implícita en sus respectivas constituciones, el PISN y, en mérito a este, han adaptado sus legislaciones internas. Es así que el Perú regula, de forma explícita, el PISN en su CNyA. En ese mismo sentido, España recoge este principio en su Ley de Protección Jurídica al Menor.

La Convención no se limita al reconocimiento de la existencia del PISN, sino que esta regula, además, de forma general, ciertos derechos que corresponden a los niños, entre otros, el DN y el DI, precisando que estos tienen derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Entiendo que se señala “en la medida de posible”, ya que, en algunas oportunidades, podrán presentarse ciertos sucesos o situaciones que impedirán que los niños puedan conocer a sus padres. Sin embargo, considero que esto no debe malinterpretarse en perjuicio de los niños, así como del padre –que, eventualmente, podrá encontrarse impedido de conocer y, por ende, ejercer su paternidad-. Señalo esto ya que, tanto la legislación peruana como la legislación española, permiten que, al momento de registrar el nacimiento de un niño, de forma obligatoria, deba identificarse a la madre, quien puede reservarse u ocultarse la identidad del padre del niño sin justificación alguna –considero que deberían de establecerse ciertas excepciones en las cuales sí se permita a la madre a no identificar al padre, como

por ejemplo en los casos en los cuales el embarazo fue producto de una agresión sexual, aunque estas deben de ser la excepción a la regla-.

Ahora bien, quizás alguien pueda alegar que la legislación vigente responde al reconocimiento de la existencia de los hogares monoparentales. Es decir, aquellos hogares formados por solo un progenitor, en este caso solo por la madre, quien bien podría ser una madre soltera por elección, es decir, una mujer que optó por someterse a una técnica de reproducción asistida, por ejemplo un procedimiento de inseminación artificial, pero aún de ser así, esto resultaría discriminatorio ya que mientras que una mujer si puede inscribir al niño y negarse a identificar al padre, el varón se encontraría impedido de hacer esto.

Considero que la regulación vigente, eventualmente, podría amparar el hecho de que una madre, sin expresión o justificación alguna, se niegue a identificar al padre del niño, así como el comunicarle a este sobre su paternidad. Digo esto ya que se pueden advertir en la revisión de la página web “*Abogados 365*”<sup>9</sup> distintas consultas formuladas por usuarias, en su mayoría mujeres, quienes solicitan orientación legal sobre cómo impedir que varones reconozcan a sus hijos o mecanismos legales para impedir que varones ejerzan su paternidad. En muchas de estas consultas, las madres sostienen que, por ciertas conductas o actitudes, consideran que ciertos varones no serán buenos padres. Si bien la finalidad de proteger al niño es válida, considero que no puede recaer sobre la madre la potestad de determinar si el varón será un buen o mal padre, ya que al actuar así no solo se impide que este ejerza su paternidad, sino que, además, se vulnera el DI del menor en su vertiente dinámica, que es lo que en realidad preocupa, ya que reitero que no se trata de un conflicto entre mujeres y varones, dejando de lado a los niños, quienes por su propia naturaleza, son personas altamente vulnerables y permanente expuestas.

Por lo expuesto, considero que, tanto la legislación peruana como española, deben regular dicha situación con la finalidad de evitar la vulneración del DI de los niños.

---

<sup>9</sup> <https://www.abogados365.com/>

## **VI. CONCLUSIONES**

- La Convención sobre los Derechos del Niño es la primera ley internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos del niño y de la niña, que regula de forma expresa el Principio del Interés Superior del Niño.
- El Perú y España han suscrito la Convención y la han ratificado a través de sus parlamentos, por lo que estos han asumido así la obligación de adecuar su legislación interna a las directrices de esta.
- La Convención al regular el Derecho al Nombre y el Derecho a la Identidad, señala que los niños y niñas en la medida de posible deberán de conocer a sus padres.
- Cuando la Convención, señala que en la medida de lo posible los niños y niñas deberán de conocer a sus padres, reconoce que en algunas oportunidades podrán presentarse ciertos sucesos o situaciones que impedirán que los niños y niñas puedan conocer a sus padres, lo que debe de ser la excepción a la regla.
- El Derecho a la Identidad, tiene dos vertientes una estática que responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye como regla, sobre los datos físicos de una persona; y otra vertiente dinámica que abarca las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historial personal, su biografía existencial, su estructura social y dinámica.
- En el Perú y España, la legislación protege el Derecho a la Identidad, en su vertiente estática, más no en su vertiente dinámica.
- En el Perú y España, se exige obligatoriamente al momento de inscribir el nacimiento de un niño que se identifique a la madre, no ocurriendo lo mismo con el padre, a quien esta puede negarse a identificar, sin motivo o justificación alguna, vulnerando así la paternidad de este y en especial el Derecho a la Identidad del niño y niña.

- En el Perú y España, se deben de establecer excepciones en las cuales se permita a la madre no identificar al padre, como por ejemplo en los casos que el embarazo fue producto de una agresión sexual.
- El niño y niña son titulares de derechos, por ello no se puede justificar de ningún modo que la madre en el afán de proteger a este de un supuesto mal padre, se niegue a identificarlo, ya que en todo caso quien deberá de realizar este juicio de valor será el propio niño.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ. (1984).

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL PERÚ., (2000).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. (1993).

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (1990).

HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 02273-2005-PHC/TC. (20 de abril de 2006). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 02970-2019-PHC/TC. (23 de marzo de 2021). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02970-2019-HC.pdf>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 03330-2004-AA/TC. (11 de julio de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 05829-2009-AA/TC. (23 de setiembre de 2010). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05829-2009-AA.pdf>.

UNICEF Comité Español, Convención sobre los Derechos del niño -Versión adaptada para jóvenes-, Nuevo Siglo, Madrid, 2005.



## CAPÍTULO IV

# La participación del menor en el proceso de mediación familiar: notas desde los ordenamientos jurídicos español e italiano\*

*Javier Martínez Calvo*

*Universidad de Zaragoza (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I CUESTIONES PREVIAS. 1. Contexto normativo. 2. Concepto y principios de la mediación familiar. II. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. CUESTIONES PREVIAS

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la participación del menor en el proceso de mediación, atendiendo a las reglas previstas en los ordenamientos jurídicos español e italiano. Pero antes de adentrarme de lleno en este aspecto, haré referencia a otras dos cuestiones, con el objeto de que el lector pueda situarse: el contexto normativo en el que nos vamos a mover y el concepto y principios de la mediación familiar.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Referencia de Investigación del Gobierno de Aragón “Ius Familiae”, IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: “Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos”, IIPP. M.<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo y Sofia de Salas Murillo; y, del Proyecto de Investigación de la Fundación Ibercaja-Universidad de Zaragoza (JIUZ-2021-SOC-10): “Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital”, IP. Javier Martínez Calvo.

## 1. Contexto normativo

El Derecho italiano, se refiere por primera vez a la mediación en 1988 con ocasión de la aprobación del *Codice del Processo Minorile* (d.P.R. 448/88). Sin embargo, las previsiones recogidas en dicha norma se circunscriben al ámbito de la mediación penal<sup>1</sup>.

Ese mismo año, se creó en Milán el primer centro de mediación familiar, que recibió el nombre de *Genitori Ancora* (Gea). Como puede deducirse de su denominación (Padres Todavía), el objetivo principal era utilizar la mediación familiar para favorecer la adopción de acuerdos que permitieran ordenar las relaciones entre padres e hijos tras la ruptura de la pareja<sup>2</sup>.

No obstante, para encontrar una referencia específica a la mediación familiar en la normativa italiana fue necesario esperar casi una década, en concreto a la entrada en vigor de la Ley n. 285, de 28 de agosto de 1997, que llevaba por título “*Disposizioni per la promozione di diritti di opportunità per l’infanzia e l’adolescenza*”. El artículo 4.1 i) de dicha norma incluye la mediación familiar entre los servicios de apoyo y asesoramiento a las familias, con objeto de que puedan superar los conflictos que vayan apareciendo en sus relaciones personales.

Unos años más tarde, la Ley n. 154, de 4 de abril de 2001 (titulada “*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*”) introduce por vez primera una referencia a la mediación familiar en el *Codice Civile* italiano. En concreto, el artículo 342.ter.2, que regula el establecimiento y contenido de las órdenes de protección, prevé que el juez podrá establecer la intervención de los servicios sociales o de un centro de mediación familiar, así como de asociaciones que tengan como fin el apoyo y el acogimiento de mujeres y menores o de otros sujetos que resulten víctimas de abusos o maltratos.

---

<sup>1</sup> Vid. CHIARAVALLOTI, Sonia, “La mediazione familiare come strumento alternativo di risoluzione dei conflitti”, *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, n° 1, 2014, p. 77.

<sup>2</sup> Vid. MARZARIO, Margherita, “La natura della mediazione familiare: endofamiliare ed esofamiliare”, *Diritto & Diritti*, gennaio 2010, p. 1.

Pero el mayor impulso a la figura de la mediación familiar en el Derecho italiano se produjo con ocasión de la entrada en vigor de la Ley nº 54, de 8 de febrero de 2006, que introdujo en el artículo 155.sexies.2 la posibilidad de que el juez derive a las partes a mediación para la adopción de las medidas atinentes a la ruptura matrimonial. Posteriormente, el Decreto Legislativo nº 154, de 28 de diciembre de 2013 trasladó dicha previsión al artículo 337.octies.2 del *Codice Civile*, que reproduce exactamente el contenido que recogía el viejo artículo 155.sexies.2.

En el año 2009, se promulgó la Ley n. 69, de 18 de julio, de “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”, que a través de su artículo 60 encargó al gobierno que en el plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor elaborara un Decreto Legislativo que regulara de forma específica la mediación. El objetivo de dicho mandato era trasponer al Derecho italiano la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>3</sup>. En cumplimiento de dicho encargo, el gobierno promulgó el Decreto Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010 de “*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*”, que introduce la mediación en el proceso civil. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que dicha norma no es aplicable a la mediación familiar<sup>4</sup>, puesto que en su artículo 2 circunscribe su ámbito de aplicación a las controversias civiles y mercantiles sobre derechos de libre disposición para las partes, por lo que parece que no abarcaría el Derecho de familia. No obstante, a mi modo de ver, parece más acertada la opinión de otro sector doctrinal, que considera que, si bien dentro del Derecho de familia existen muchos derechos indisponibles, hay otros que no lo son (ej. posibles compensaciones económicas entre las partes por el desequilibrio patrimonial tras la ruptura), y, cuando la mediación familiar se

---

<sup>3</sup> Vid. SILLA, Andrea, “La riforma introdotta dall’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28”, en AAVV.: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* (et. al. ASTORINA, Maria Rita y MEZZABOTTA, Claudia), Milano, 2011, p. 29.

<sup>4</sup> Vid. IMPAGNATIELLO, Gianpaolo, “La mediazione familiare del tempo della ‘mediazione finalizzata alla conciliazione’ civile e commerciale”, *Famiglia e Diritto*, nº 5, 2011, p. 5; TROISI, Claudia, “La mediazione familiare nell’ applicazione della recente legge sull’affidamento condiviso”, *Famiglia e Diritto*, nº 3, 2008, p. 1; y FAVA, Giovanna, “La mediazione familiare”, en AAVV.: *L’affidamento dei figli nella crisi della famiglia* (coords. SESTA, Michele y ARCERI, Alessandra), UTET Giuridica, 2012, p. 807

limite a estos aspectos concretos, sí podría encontrar cobertura en la regulación prevista por el Decreto Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010<sup>5</sup>.

En cualquier caso, la falta de una regulación específica de la mediación familiar ha sido objeto de una crítica generalizada por parte de la doctrina italiana, que aboga por la pronta promulgación de una ley de mediación familiar<sup>6</sup>.

En el ordenamiento español la situación es semejante a la que hemos visto que existe en el Derecho italiano. Las únicas referencias a la mediación familiar que encontramos en nuestra normativa civil fueron introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En su Exposición de Motivos hace referencia expresa a la mediación como procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuanto al ejercicio de sus potestades, y en su Disposición final tercera anuncia una futura ley de mediación familiar. Sin embargo, pese a la mención explícita a la mediación familiar, continúa sin existir una regulación específica de dicha figura en el Derecho positivo estatal. Además, las previsiones incluidas en la Ley 15/2005 son de índole estrictamente procesal<sup>7</sup>. En concreto, se materializan en los artículos 770.7 y 772.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante Lec.). El primero de los citados preceptos faculta a las partes para suspender el proceso con el objetivo de someterse a mediación, mientras que el segundo prevé expresamente la posibilidad de

---

<sup>5</sup> Vid. NOVATI, Rossana, "La mediazione familiare alla luce del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28", *Rivista di psicodinamica criminale*, n° 1, 2011, p. 55.

<sup>6</sup> Vid. OCCHIOGROSSO, Franco, "Mediazione e giustizia", *XXV Convegno nazionale AIMMF "Minori, famiglia, persona: quale giudice?"*, Taranto, 2006, p. 19; CECI, Cristina, "Osservazioni sulla mediazione familiare", *Psicologia e giustizia*, n° 2, 2011, p. 8; BUGETTI, Maria Novella, "Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi", *Famiglia e Diritto*, n° 4, 2011, p. 4; FAVA, Giovanna, "La mediazione familiare", cit., p. 796; TROISI, Claudia, "La mediazione familiare", cit., p. 8; MAZZAMUTO, Pierluigi, "Mediazione familiare e affidamento condiviso", *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XI, 2013, p. 113; DANOVI, Filippo, "Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco", *Famiglia e diritto*, n° 11, 2015, p. 1051; D'ADAMO, Daniela, "La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie", *Rivista di Diritto Processuale*, n° 2, 2015, pp. 1 y 2; e IRTI, Claudia, "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 2, 2016, p. 670.

<sup>7</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AAVV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos), Edisofer, 2016, 5ª ed., p. 220.

acompañar el escrito por el que se inicia el procedimiento de separación o divorcio con el acuerdo alcanzado en mediación familiar.

Posteriormente, se promulgó la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, también con el objetivo de trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Aunque en su Exposición de Motivos considera dar por cumplido el mandato de la Disposición final tercera de la Ley 15/2005 (que ya hemos visto que encarga la elaboración de una norma específica sobre mediación familiar), lo cierto es que no se refiere a ella de forma específica (de hecho, ni siquiera la menciona).

## **2. Concepto y principios de la mediación familiar**

La única aproximación a una definición de mediación que encontramos en el *Codice Civile* italiano se refiere al ámbito del Derecho mercantil (*Diritto commerciale*). En concreto, se recoge en el Capítulo XI del Libro IV del *Codice Civile*, que lleva por título “*Della Mediazione*”, cuyo artículo 1754 define la figura del mediador como la persona que pone en contacto a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar vinculada a ellas por ningún tipo de relación de colaboración, de dependencia o de representación. No obstante, como ha puesto de manifiesto algún autor, la definición que proporciona el *Codice Civile* poco tiene que ver con la concepción actual de esta figura<sup>8</sup>.

Con carácter general, la doctrina italiana ha definido la mediación como un proceso en el que dos o más partes se dirigen a un tercero neutral e imparcial con objeto de reducir la posible conflictividad que pueda existir entre ellas, restablecer la comunicación y tratar de alcanzar un acuerdo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid. FAVA, Giovanna, “La mediazione familiare”, cit., p. 796.

<sup>9</sup> Vid. RENOLDI, Giuditta, “Sempre più diffuso il ricorso alla mediazione civile”, *Commercialisti & Mediazione*, n.º 2, 2015, p. 11; VILLANI, Michelino, “Brevi note sull’attuale assetto della mediazione civile obbligatoria”, *Osservatorio Costituzionale*, aprile 2015, p. 1; e IRTI, Claudia, “Gestione condivisa della crisi familiare”, cit., p. 1.

Si atendemos a nuestro ordenamiento, el artículo primero de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, nos proporciona el siguiente concepto de mediación: “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. Partiendo de ello, nuestra doctrina ha definido la mediación como un proceso extrajudicial dirigido por un tercero imparcial en el que se pretende que las partes puedan acercar posturas y tratar de llegar a un acuerdo por sí mismas sobre el conflicto que se plantee<sup>10</sup>.

En cualquier caso, las definiciones anteriores se refieren a la mediación en un sentido amplio, siendo necesario establecer un concepto específico para aquellos supuestos en los que esta la mediación se utiliza para resolver los conflictos que pueden crearse en el ámbito familiar. Ni el Derecho italiano ni el español ofrecen un concepto específico de mediación familiar, por lo que ha sido la doctrina la encargada de asumir esta tarea. Al respecto, la doctrina de uno y otro país ha entendido que la mediación familiar viene definida como un proceso alternativo a la vía judicial guiado por un tercero neutral e imparcial para la reorganización de las relaciones familiares tras la ruptura de la pareja<sup>11</sup>.

La mediación puede tener carácter parcial o global<sup>12</sup>. Es global cuando abarca tanto aspectos personales (con quién van a convivir los hijos, modalidades en las que se van a relacionar con cada progenitor, etc.) como patrimoniales (modo en el que cada progenitor va a sufragar los gastos de los hijos, liquidación del régimen económico del matrimonio, etc.), mientras que es parcial cuando solo se

---

<sup>10</sup> Vid. CURBELO HERNÁNDEZ, Emiliano Antonio y DEL SOL FLOREZ, Héctor, "Trabajo Social y Mediación Familiar: un enfoque para la protección del menor en el proceso mediador. Orientaciones para la práctica profesional en los supuestos de ruptura de pareja", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, Vol. X, nº 2, 2010, p. 35.

<sup>11</sup> Vid. D'ADAMO, Daniela, "La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie", cit., p. 3; FERESIN, Mariachiara, ANASTASIA, Federica y ROMITO, Patrizia, "La mediazione familiare nei casi di affido dei figli e violenza domestica: contesto legale, pratiche dei servizi ed esperienze dell e donne in Italia", *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. XI, nº 2, 2017, p. 15; y BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto Civile: Vol. 2.1*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 188.

<sup>12</sup> Vid. CESANA, Cristina, PORRI, Lidia y SALA, Marco, "Gli accordi di mediazione familiare", *Famiglia, persone e successioni*, nº 7, 2008, p. 4 PROTOPAPA, Stefania, "Il mediatore familiare: affinità e differenze con le altre figure professionali operanti in campo psicogiuridico", *Altalex*, agosto 2009, p. 5; y MAZZAMUTO, Pierluigi, "Mediazione familiare e affidamento condiviso", cit., p. 110.

refiere a algunos aspectos de la ruptura, bien porque sobre el resto de cuestiones ya existe acuerdo o bien porque este resulta imposible.

En cuanto a los principios de la mediación, una vez más, no han sido previstos expresamente ni por la legislación italiana ni por la española, por lo que ha sido la doctrina la encargada de extraerlos, habiendo señalado los siguientes: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y buena fe<sup>13</sup>.

Comenzaré refiriéndome a los principios de imparcialidad y de neutralidad, que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no son sinónimos. Así, el primero alude a una cualidad personal del mediador y se sustancia en la ausencia de un conflicto de intereses respecto a las partes o al objeto de la controversia, mientras que el segundo atiende al rol que juega el mediador en el procedimiento de mediación, que no puede expresar su punto de vista acerca del conflicto y menos aún posicionarse en favor de ninguna de las partes<sup>14</sup>. El principio de neutralidad nos permite distinguir la mediación de otras técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos, en las que no existe dicha neutralidad<sup>15</sup>. Así, no cabe hablar de neutralidad propiamente dicha en el caso de la figura de la *negoziiazione assistita* (introducida en el ordenamiento italiano mediante el Decreto-Ley n. 132, de 12 de septiembre de 2014, de “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*”, que fue convertido en ley, con alguna modificación, a través de la Ley n. 162, de 10 de noviembre de 2014). Dicha figura consiste en que las partes se reúnan asistidas

---

<sup>13</sup> Vid. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “La mediación familiar”, en AAVV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 377; LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, “La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida”, en AAVV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 392; BUGETTI, Maria Novella, “Mediazione familiare e affidamento condiviso”, cit., p. 4; CORRADO, Simona, “La mediazione familiare come strumento per restare in mezzo ai conflitti”, *Tredimensioni*, n° 8, 2011, p. 263; TROISI, Claudia, “La mediazione familiare”, cit., p. 6; CALLEGARI, Alessandra, “Gestione dei conflitti e mediazione”, *Diritto e questioni pubbliche*, n° 13, 2013, p. 461; DANNOVI, Filippo, “Crisi della familia e giurisdizione”, cit., p. 1051; FERESIN, Mariachiara, ANASTASIA, Federica y ROMITO, Patrizia, “La mediazione familiare nei casi di affido dei figli e violenza domestica”, cit., p. 15; VIRTUOSO, Ida, “La mediazione in Italia e Spagna: i principi informativi dell’istituto”, *Diritto & Diritti*, luglio 2017, p. 4; LOZANO MARTÍN, Antonio y VENEGAS MEDINA, María del Mar, “Mediación familiar y custodia compartida: una mirada al presente que posibilita el mañana”, en AAVV.: *La custodia compartida en España* (coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego), Dykinson, Madrid, 2017, p. 148; y BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto Civile*, cit., p. 189

<sup>14</sup> Vid. VIRTUOSO, Ida, “La mediazione in Italia e Spagna”, cit., p. 3.

<sup>15</sup> Vid. DALFINO, Domenico, “Il ‘futuro passato’ della mediazione civile in Italia”, *Giurisprudenza Italiana*, n° 1, 2012, p. 2.

por sus abogados para tratar de alcanzar un acuerdo<sup>16</sup>. Como cabe deducir, los terceros participantes en el proceso (los abogados de las partes) carecen de la nota de neutralidad, pues su objetivo será la defensa de los intereses de sus respectivos representados. Tampoco se puede hablar de neutralidad en el caso de la conciliación, pues a diferencia del mediador, el conciliador (ya sea el propio juez o uno de sus auxiliares) ofrece una o varias soluciones a las partes<sup>17</sup>. Y menos aún cabe hablar de neutralidad en el caso del arbitraje, caracterizado porque las partes delegan en un tercero (el árbitro) la facultad de decidir la controversia<sup>18</sup>, por lo que éste será imparcial pero no neutral.

Parte de la doctrina ha considerado que en el Derecho italiano el principio de neutralidad del mediador está atenuado<sup>19</sup>, y creo que no le falta razón, pues el artículo 11.1 del Decreto Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010 permite al mediador que formule una propuesta de acuerdo, dando lugar a la denominada mediación familiar *direttiva* o *valutativa*<sup>20</sup> (en contraposición a la mediación familiar *facilitativa*). Es cierto que las partes pueden aceptar o rechazar libremente la propuesta del mediador (art. 11.2), pero también lo es que en caso de que se rechace y se acuda a la vía judicial, si la decisión del juez coincide “plenamente” con la propuesta que había formulado el mediador, la parte que se hubiera opuesto a la misma, aunque hubiera vencido en el proceso judicial, no podrá ser beneficiaria del pago de las costas judiciales (art. 13.1).

En cuanto al principio de confidencialidad, que vincula tanto al mediador como a las partes (así como a los representantes que les asistan, si están presentes), supone que la información obtenida en el proceso de mediación no puede ser

---

<sup>16</sup> Vid. D'ADAMO, Daniela, “La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie”, cit., p. 6; e IRTI, Claudia, “Gestione condivisa della crisi familiare”, cit., pp. 3-4.

<sup>17</sup> Vid. IMPAGNATIELLO, Gianpaolo, “La mediazione familiare”, cit., p. 2.

<sup>18</sup> Vid. ANSALDO, Anna, “La mediazione familiare nel divorcio”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n° 7-8, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, Paola, “Mediazione e arbitrato a confronto”, en AAVV.: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* (et. al. ASTORINA, Maria Rita y MEZZABOTTA, Claudia), Milano, 2011, pp. 19-22; FAVA, Giovanna, “La mediazione familiare”, cit., p. 791; y CHIESI, Luca, “Il punto sulla mediazione civile e commerciale”, *Geopunto*, n° 68, 2016, p. 12.

<sup>19</sup> Vid. NOVATI, Rossana, “La mediazione familiare”, cit., p. 54; BAUER, Ricardo, “Mediazione civile: una definizione”, en AAVV.: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* (et. al. ASTORINA, Maria Rita y MEZZABOTTA, Claudia), Milano, 2011, p. 16; y CUOMO ULLOA, Francesca, “Mediazione civile e commerciale – Il punto sulla proposta del mediatore”, *Giurisprudenza Italiana*, n° 3, 2017, p. 1.

<sup>20</sup> Vid. BAUER, Ricardo, “Mediazione civile: una definizione”, cit., p. 16; y CALLEGARI, Alessandra, “Gestione dei conflitti e mediazione”, cit., p. 457.

revelada ni utilizada fuera de este, ni si quiera en la vía judicial en caso de que no se alcance un acuerdo<sup>21</sup>.

Me voy a referir en último lugar al principio de voluntariedad, pues que es el que suele generar mayores controversias en la práctica, sobre todo en los casos en los que las partes son derivadas a mediación familiar por el propio juez.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 337.octies.2 del *Codice Civile* italiano, son tres los presupuestos que deben concurrir para que las partes puedan ser derivadas a mediación familiar con el fin de adoptar las medidas relativas a la ruptura de la pareja: que el juez lo estime conveniente, que haya escuchado previamente a las partes y que estas muestren su consentimiento a participar en mediación<sup>22</sup>.

Por tanto, el primer presupuesto exige que el juez valore las circunstancias concurrentes en el caso concreto y que, a la vista de ellas, considere conveniente derivar a las partes a mediación<sup>23</sup>. Para ello, deberá atender a aspectos como la probabilidad de que las partes puedan alcanzar una solución acordada o la conflictividad existente entre ellas<sup>24</sup>.

El segundo presupuesto consiste en dar audiencia a las partes. Al respecto, la doctrina ha considerado que deberán ser escuchadas directamente por el juez, sin que puedan ser sustituidas por sus abogados<sup>25</sup>. Cabe entender que en esta fase las partes también deben ser informadas acerca de la figura de la mediación familiar y, en concreto, sobre aspectos tales como el rol que juega el mediador, los tipos

---

<sup>21</sup> Vid. CANALE, Guido, “Il Decreto Legislativo in materia di mediazione”, *Rivista di Diritto Processuale*, n° 3, 2010, p. 7; CALLEGARI, Alessandra, “Gestione dei conflitti e mediazione”, cit., p. 461; y VIRTUOSO, Ida, “La mediazione in Italia e Spagna”, cit., p. 4.

<sup>22</sup> Vid. SPADARO, Giuseppe, “La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio”, *Famiglia e Diritto*, n° 2, 2008, p. 1; CILIBERTO, Cristina, “Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione”, *Famiglia e Diritto*, n° 3, 2009, p. 1; FAVA, Giovanna, “La mediazione familiare”, cit., p. 799; CHIARAVALLI, Sonia, “La mediazione familiare come strumento alternativo di risoluzione dei conflitti”, cit., p. 81; D’ADAMO, Daniela, “La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie”, cit., p. 3.

<sup>23</sup> Vid. CILIBERTO, Cristina, “Cessazione degli effetti civili del matrimonio”, cit., p. 1; y FAVA, Giovanna, “La mediazione familiare”, cit., p. 799.

<sup>24</sup> Vid. TROISI, Claudia, “La mediazione familiare”, cit., p. 7; y MEI, Alessandra, “La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli nei procedimenti consensuali di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi”, *La Nuova Procedura Civile*, n° 6, 2014, p. 10.

<sup>25</sup> Vid. FANTETTI, Francesca Romana, “La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio”, *Famiglia, persone e successioni*, n° 4, 2008, p. 3.

de mediación posibles, los costes, las ventajas que puede tener desjudicializar el proceso para someterse a mediación, etc.<sup>26</sup>.

Por último, será necesario el consenso de las partes. No en vano, el ordenamiento italiano prevé que la participación en el proceso de mediación familiar es totalmente voluntaria<sup>27</sup>, ya que el poder del juez se limita a la posibilidad de aplazar la adopción de las medidas previstas en el artículo 337.ter, sin que pueda imponer a las partes la obligación de asistir a mediación. Además, la doctrina ha interpretado que, aunque inicialmente las partes muestren su consentimiento a participar en mediación familiar, pueden revocarlo en cualquier momento<sup>28</sup>.

El carácter voluntario de la mediación familiar en el Derecho italiano no ha estado exento de discusión y han sido varios los intentos del legislador de introducir la obligatoriedad de participar en mediación familiar. De hecho, durante todo el *iter* parlamentario de la elaboración de la reforma de 2006 estuvo presente la idea de establecer la mediación familiar como una fase obligatoria del proceso (hasta el punto de exigir que las partes aportaran junto a la demanda de separación o divorcio una certificación emitida por un centro de mediación), pero en la última fase dicha regla fue eliminada<sup>29</sup>. Además, el *Disegno di legge n. 957/2008, di "Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso"*, sustituida por el *Disegno di legge n. 2254/2010, di "Nuove norme sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati"*, también pretendía establecer el carácter obligatorio de la mediación familiar, llegando a proponer que la participación en mediación se configurase como un requisito para poder interponer la correspondiente demanda de separación o divorcio<sup>30</sup>. Sin embargo, tampoco prosperó. Posteriormente, el artículo 5.1 del Decreto

---

<sup>26</sup> Vid. FAVA, Giovanna, "La mediazione familiare", cit., p. 799.

<sup>27</sup> Vid. DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, pp. 76 y 136; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, p. 180; SPADARO, Giuseppe, "La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio", cit., p. 4; FANTETTI, Francesca Romana, "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio", cit., p. 3; y SERVETTI, Gloria y BUFFONE, Giuseppe, "Conciliazione e mediazione nel proceso di familia. L'esperienza del Tribunale di Milano", *Questione Giustizia*, nº 1, 2015, p. 159.

<sup>28</sup> Vid. FANTETTI, Francesca Romana, "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio", cit., p. 3.

<sup>29</sup> Vid. DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso*, cit., 2006, p. 75; y FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità"*, cit., p. 180.

<sup>30</sup> Vid. D'ADAMO, Daniela, "La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie", cit., p. 2.

Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010 introdujo algunos supuestos en los que las partes sí están obligadas a participar en mediación, so pena de inadmisión de la demanda. Sin embargo, entre dichos supuestos no se incluyen los procedimientos de ruptura de pareja.

En nuestro Derecho común tampoco está prevista la posibilidad de que el juez imponga a las partes la obligación de asistir a mediación familiar, pese a que sí se contempló introducirla durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Al respecto, se presentaron varias enmiendas solicitando que junto a la demanda de separación o divorcio fuera necesario presentar un documento con los acuerdos alcanzados en mediación familiar, o, en su defecto, un informe que acreditara que ambas partes habían participado en un proceso de mediación. Así, la primera de ellas, perteneciente al Grupo Parlamentario Popular, señalaba que “en caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación familiar o, si no se ha logrado un acuerdo, el informe de la mediación familiar que versará sobre la evolución en la negociación y de las causas detalladas que han impedido el acuerdo sobre el Plan de Responsabilidad Parental, así como el posicionamiento de ambos cónyuges en la negociación”<sup>31</sup>; mientras que la segunda, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria rezaba que “en el caso de que existan hijos menores, habrá de acompañarse el informe de la mediación familiar parental conteniendo las circunstancias de las negociaciones y por el contrario, en su caso, las causas que hubieran impedido el acuerdo parental”<sup>32</sup>. Sin embargo, ambas enmiendas resultaron rechazadas<sup>33</sup>.

En cualquier caso, al igual que hemos visto que ocurre en el Derecho italiano, el hecho de que el juez no pueda imponer a las partes que participen en mediación

---

<sup>31</sup> *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005, enmienda n<sup>o</sup> 76 (*vid.* también: enmienda n<sup>o</sup> 78).

<sup>32</sup> *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005, enmienda n<sup>o</sup> 55.

<sup>33</sup> Las enmiendas n<sup>o</sup> 76 y n<sup>o</sup> 78 del Grupo Parlamentario Popular fueron rechazadas en por el Congreso de los Diputados en su sesión n<sup>o</sup> 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones (*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005); y la enmienda n<sup>o</sup> 55 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en la sesión n<sup>o</sup> 79 (votación 40), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 131 votos a favor, 181 en contra y 13 abstenciones (*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005).

no impide que desde las propias instancias judiciales se les pueda proponer que hagan uso de dicha figura. De hecho, es una posibilidad que está amparada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto por sus artículos 414.1 (cuando dicha propuesta se realice durante la celebración de la audiencia previa), 440.1 (cuando se realice en la citación para la vista) y 443.3 (cuando tenga lugar en el propio acto de la vista).

Tampoco quebraría el principio de voluntariedad exigir a las parejas que se van a divorciar que acudan al menos a una sesión informativa de mediación, con objeto de que puedan tener un mayor conocimiento de las ventajas tanto económicas como emocionales que ofrece esta figura antes de decidir si hacen o no uso de la misma<sup>34</sup>. De hecho, hay varias normas autonómicas que, sin obligar a las partes a participar en mediación, dejan abierta la posibilidad de que el juez acuerde su asistencia a una sesión informativa sobre dicha figura (art. 78.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, art. 233-6.3 del Código Civil de Cataluña, Ley 70.4 de la Compilación del Derecho Foral de Navarra y art. 6.2 de la Ley del País Vasco 7/2015).

Ninguna de las normativas anteriores prevé cuales serían las consecuencias de una hipotética negativa de las partes a asistir a una sesión informativa de mediación pese a la imposición del juez, pero cabe entender que en tal caso se continuará con el procedimiento judicial, pues debe garantizarse en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>35</sup> (art. 24.1 CE).

## II. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Tanto el ordenamiento jurídico italiano (*vid.* arts. 158, 252, 268, 273, 279, 316, 317-bis, 321, 324, 336, 336-bis, 337-ter, 337-quater, 337-sexies y 337-octies del *Codice Civile*) como el español (*vid.* arts. 20.2 a), 90 b), 92.4, 92.8, 94, 103.1, 137,

---

<sup>34</sup> *Vid.* MEDINA SUÁREZ, Isabel, "Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias", *Apuntes de Psicología*, vol. 34, nº 2-3, 2016, p. 279.

<sup>35</sup> *Vid.* en este sentido: Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, p. 22.

149, 154, 156, 159, 161, 163, 170.2, 172.4, 172.8, 173.3, 173.4.4<sup>o</sup>, 173 bis 2<sup>o</sup>, 174.2, 176.1 y 304 del Código Civil) sitúan el interés superior del menor como el criterio fundamental al que debe atenderse en la adopción de cualquier decisión en materia de familia. De acuerdo a ello, el interés superior del menor se configura como el fin último y, por tanto, criterio rector del Derecho de familia<sup>36</sup>, y, como no puede ser de otra manera, se extiende también al propio proceso de mediación<sup>37</sup>.

Sin embargo, no hay consenso en la literatura italiana acerca de la conveniencia de que el menor pueda participar directamente en el proceso de mediación familiar para que su opinión sea escuchada<sup>38</sup>. En favor de esta posibilidad, se ha argumentado que el menor, una vez alcanzada la edad de doce años, e incluso antes si cuenta con suficiente capacidad de discernimiento, tiene derecho a ser oído en aquellos procedimientos que le afecten<sup>39</sup>. Así se desprende de los artículos 336 bis.1 y 337 octies.1 del *Codice Civile*. Sin embargo, también se ha señalado que la participación del menor en la mediación puede comportar importantes riesgos para él<sup>40</sup>, como enfrentarse a un posible conflicto de lealtades o la adquisición de una mayor conciencia acerca del conflicto existente entre sus progenitores<sup>41</sup>.

En términos similares se ha movido el debate también en nuestro Derecho<sup>42</sup>. Y es que, a excepción de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (*vid.* art. 4.2, que incluye entre las personas legitimadas para participar en el proceso a “los menores de edad, si tienen

---

<sup>36</sup> *Vid.* MONTARULI, Valeria, “L’interesse del minore nell’affidamento, tra responsabilità e libertà”, *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 4, p. 3; MERELLO, Simone, “I rapporti personali tra genitori e figli”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2003, p. 8; DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso*, cit., p. 67; y NAPOLI, Gaetano Edoardo, “L’interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2009, p. 3.

<sup>37</sup> *Vid.* BUGETTI, Maria Novella, “Mediazione familiare e affidamento condiviso”, cit., p. 2.

<sup>38</sup> *Vid.* SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La partecipazione dei figli nella Mediazione Familiare: Una questione controversa”, *Convegno “Separazione coniugale ed emotiva: della parte del minore. La p.a.s. e il ruolo di psicologia e mediazione”*, Firenze, 2010, p. 1.

<sup>39</sup> *Vid.* SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La partecipazione dei figli nella Mediazione Familiare”, cit., p. 4.

<sup>40</sup> *Vid.* EMILI, Francesca, “Psicologia e Famiglia: la mediazione familiare”, *Psico-Pratika*, n<sup>o</sup> 125, 2016, p. 6.

<sup>41</sup> *Vid.* SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La partecipazione dei figli nella Mediazione Familiare”, cit., p. 4.

<sup>42</sup> *Vid.* DURÁN AYAGO, Antonia, “Custodia: corresponsabilidad...antes y después del divorcio”, *Meridiam*, n<sup>o</sup> 60, 2012, p. 20.

suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años(...)", ninguna norma se ha pronunciado sobre este particular.

Para dilucidar esta cuestión, hay que partir de que los menores tienen derecho a ser oídos en todas aquellas cuestiones que puedan afectarles, tal y como se establece en la normativa internacional<sup>43</sup> y europea<sup>44</sup>; así como en nuestra legislación estatal<sup>45</sup> y autonómica<sup>46</sup>. De acuerdo con ello, en aquellos supuestos en los que el propio menor solicite ser oído, la regla general es que debe practicarse la audiencia<sup>47</sup>, y solo podrá denegarse, mediante resolución motivada, si se constata que es contraria a su interés<sup>48</sup> (art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Aquí cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016 (Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs. España: TEDH 2016\72), que condenó al Estado español por haber denegado la audiencia de dos menores de once y trece años que solicitaron ser oídas.

Pero los mayores problemas se plantean en aquellos casos en los que el menor no solicita participar en el proceso de mediación.

Son dos los criterios a los que suele recurrirse para determinar cuándo debe oírse al menor: la suficiencia de juicio (que se identifica con la capacidad natural del

---

<sup>43</sup> *Vid.* Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (arts. 5 y 12.1 y 2).

<sup>44</sup> *Vid.* Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de enero de 1996 (art. 3 b)), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (art. 24.1) y Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (arts. 41 y 42). Incluso llegó a estar previsto en el proyecto de Constitución Europea (art. II-85.1).

<sup>45</sup> *Vid.* arts. 92.2, 92.6, 154.3, 156.2, 158.1.6 y 159 Cc., arts. 770.4 y 777.5 Lec., arts. 2.5 a) y 9.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y art. 85.1 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

<sup>46</sup> Por poner algunos ejemplos, el Código del Derecho Foral de Aragón se refiere al Derecho del menor a ser oído en sus arts. 6, 76.4 y 80.2 c), el Código Civil de Cataluña en los arts. 211-6.2 y 236-11.4 (también lo menciona e art. 5.4 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y la Ley del País Vasco 7/2015 en los arts. 3.2 y 9.3 d).

<sup>47</sup> *Vid.* NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, n° 73, 2015, p. 86.

<sup>48</sup> Aunque esta previsión se refiere a los procedimientos judiciales o administrativos, parece recomendable extenderla también al ámbito de la mediación familiar (*vid.* en este sentido: ALGABA ROS, Silvia, "El acuerdo de mediación familiar: su singularidad", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, 2017, p. 20).

menor de entender y querer) y el cumplimiento de una determinada edad (estableciéndose con carácter general en doce años). La diferencia más importante entre uno y otro es que, mientras el cumplimiento de una determinada edad es un dato objetivo, la suficiencia de juicio es un criterio de carácter subjetivo. Ello implica que debe valorarse en cada supuesto la capacidad de juicio del menor a efectos de determinar si cuenta con la suficiente madurez para formar y expresar su propia opinión. Y como se trata de una tarea que trasciende de lo estrictamente jurídico, resulta fundamental apoyarse en profesionales para llevarla a cabo (psicólogos, pedagogos, etc.). Así ha sido entendido tradicionalmente por nuestra doctrina<sup>49</sup> y, tras la reforma operada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, esta cuestión ha pasado a estar expresamente prevista en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Los artículos 770.4 y 777.5 de la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que, aunque se refieren a los procedimientos judiciales, ello no es óbice para su extensión al proceso de mediación) establecían la obligación de oír al menor en los procesos de ruptura matrimonial cuando contara con suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años. El primero de los citados preceptos disponía que “cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años”, mientras que el segundo señalaba que “si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del ministerio fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”.

Sin embargo, esta materia se vio afectada por tres reformas, llevadas a cabo a través de las tres siguientes leyes: la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la

---

<sup>49</sup> Vid. ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, "El interés del menor y la custodia compartida", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, n.º. 79-80, agosto-septiembre-2013, p. 51; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, n.º 1, 2015, p. 59.

legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Durante la tramitación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, surgieron amplios debates parlamentarios sobre el modo en el que debía regularse el derecho del menor a ser oído, y fueron varios los Grupos Parlamentarios que presentaron enmiendas solicitando que se mantuviera la regla tradicional de que el juez oyera al menor cuando tuviera suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años<sup>50</sup>. Sin embargo, ninguna de las mencionadas enmiendas prosperó<sup>51</sup> y, finalmente, ley 15/2005 introdujo en el art. 92.6 CC y en el art. 777.5 LEC dos importantes novedades respecto a la normativa anterior: en primer lugar, suprimió la referencia a un concreto límite de edad, por lo que aparentemente la suficiencia de juicio pasó a ser el único criterio que debía valorarse; y, en segundo lugar, parece que eliminó también la obligatoriedad de oír a los menores que tuvieran suficiente juicio (pasando a tener carácter potestativo para el juez), ya que de acuerdo a los mencionados preceptos, el juez debe escucharlos sólo “(...) cuando se estime necesario(...)”. Pero, por otro lado, tanto el art. 159 CC como el art. 770.4 LEC mantenían la obligatoriedad de oír a los menores que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. La interpretación que se hacía es que las reglas previstas en nuestra normativa eran diversas en función de si se trataba de un procedimiento contencioso o consensual. Así, mientras en el procedimiento contencioso debía oírse a los menores que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años; en el procedimiento de mutuo acuerdo la audiencia quedaba supeditada a que el juez la estimase necesaria.

---

<sup>50</sup> *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 81, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y enmienda nº 42, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verds).

<sup>51</sup> La enmienda nº 81 del Grupo Parlamentario Popular fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones (*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005); y la enmienda nº 42 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verds en la sesión nº 79 (votación 41), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 135 votos a favor, 175 en contra y 16 abstenciones (*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005).

Posteriormente, el art. 770.4 LEC (relativo a los procedimientos contenciosos) fue modificado por la Ley 13/2009. Tras dicha reforma, pasó a disponer que se oír al menor “(...) si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años (...)”, lo que dio lugar a algunos problemas hermenéuticos: la corriente doctrinal mayoritaria entendía que solo existía obligación de escuchar al menor cuando tuviera suficiente juicio y se estimara necesario, y ello con independencia de que el procedimiento fuera contencioso o de mutuo acuerdo<sup>52</sup> (que habrían pasado a tener el mismo tratamiento legal). Esta es la interpretación que llevó a cabo la Fiscalía General del Estado a través de su Circular 3/2009, en la que señaló que “(...) la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el juez a través del inciso que subordina la decisión a que se estime necesario”; y es por la que parecía decantarse también el Tribunal Constitucional, que, de hecho, ya se había posicionado en favor de esta interpretación incluso antes de la reforma llevada a cabo a través de la Ley 13/2009: STC 139/2008, de 26 de mayo (JUR 2008\139) y STC 163/2009, de 29 de junio de 2009 (RTC 2009\163).

Ahora bien, dentro de esta corriente doctrinal había algunos autores que, pese a coincidir en que había desaparecido la obligatoriedad de oír al menor que tuviera suficiente juicio, consideraban que en los procedimientos contenciosos se mantenía la obligatoriedad de oír en todo caso a los mayores de doce años<sup>53</sup>. Para ello se basaban en la coletilla final que recogía el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “(...) en todo caso, a los mayores de doce años”. Sin embargo, tal y como defendí en trabajos anteriores, lo que cabía interpretar de dicha expresión no es que debieran ser oídos siempre, sino que se presumía que los mayores de doce años contaban con suficiente juicio<sup>54</sup> (una presunción que,

---

<sup>52</sup> Vid. CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor en el proceso", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 7, 2015, p. 7.

<sup>53</sup> Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas y exploración judicial del menor", en AAVV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* (coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo), Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, p. 1342.

<sup>54</sup> Vid. MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, "La audiencia de los hijos menores en los procedimientos de ruptura matrimonial de sus progenitores. Reflexiones a propósito de la regulación española", *Diritto delle successioni e della famiglia*, nº 2, 2020, pp. 780 y 781 y "Exploración judicial de menores en los procesos civiles de familia", en AAVV.: *Retos jurídicos de actualidad* (dirs. ALONSO SALGADO, Cristina, SÁNCHEZ RUBIO, Ana y RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo; coords. OTERO CRESPO, Marta, VALIÑO CES, Almudena y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana), Dykinson, Madrid, 2021: pp. 92 y 93.

de hecho, también está prevista en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

Seguía existiendo, empero, un sector de la doctrina que consideraba que debía escucharse en todo caso a los menores que contaran con suficiente juicio o fueran mayores de doce años<sup>55</sup>. El principal argumento que esgrimían es que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prevé la necesidad de escuchar al menor en todas aquellas decisiones que le afecten. Esta interpretación es la que parecía seguir el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014\5613), que dispuso que “la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de doce años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005”. Como se observa, los argumentos que utilizó resultan bastante discutibles: por un lado, puso de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional que emanaba de su Sentencia 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005\152), una doctrina que, no obstante, ya había sido superada por otras Sentencias posteriores (*vid.* STC 139/2008, de 26 de mayo (JUR 2008\139) y 163/2009, de 29 de junio de 2009 (RTC 2009\163)) y que, precisamente, se posicionaban en sentido contrario; y por otro lado, consideró que tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 establecían la obligatoriedad de oír a los menores que cuenten con suficiente juicio o sean mayores de doce años. Sin embargo, si vamos a las mencionadas normas, observamos que ni la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 (art. 12) ni la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del

---

<sup>55</sup> *Vid.* GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores y crisis matrimonial", en AAVV.: *Derecho y familia en el siglo XXI* (eds. HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUÍZ, Miguel Ángel), Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 996; LÓPEZ JARA, *La Ley Derecho de Familia*, 2016, p. 5; y DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 759, 2017, p. 349.

Menor (art. 9) establecían dicha obligación (aunque es cierto que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, presume que el menor que tenga más de doce años cuenta ya con capacidad de juicio, en ningún momento dice que exista obligación de escuchar en todo caso a los mayores de doce años).

En cualquier caso, un tiempo después el Tribunal Supremo comenzó a suavizar su postura y, en su Sentencia de 10 de julio de 2015 (RJ 2015\2564) admitió la posibilidad de que pudiera prescindirse de la audiencia del menor cuando se considerase que su práctica es innecesaria e intrascendente: “la aparente contradicción entre el CC y la LEC es aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre los Derechos del Niño, que permiten al juez prescindir de la práctica de estas pruebas, en aras al interés superior del menor, motivando su razonamiento. En el caso que nos ocupa, entiende la Sala que la medida fue denegada de forma motivada, pues consideró que su práctica era innecesaria e intrascendente en relación al cambio o la determinación del progenitor custodio o al establecimiento de un nuevo sistema de guarda y que tal denegación, por tanto, no afectaba a la esfera personal y familiar del menor”.

Sin embargo, el art. 770.4 ha vuelto a ser objeto de modificación a través de la Ley 8/2021, superando la mencionada interpretación y pasando a disponer con claridad que en los procedimientos contenciosos existe obligación de escuchar a los mayores de doce años: “si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad”. De acuerdo con ello, en la actualidad, la regla general tanto en los procedimientos de mutuo acuerdo como en los contenciosos es que solo ha de escucharse al menor cuando el juez lo considere necesario; ahora bien, en el caso de los segundos, si el menor ha cumplido los doce años, ha de ser escuchado siempre.

El procedimiento de mediación familiar, por hipótesis, habría de incluirse en el ámbito del mutuo acuerdo, pues, aun cuando la derivación al proceso de mediación se haya llevado a cabo en el marco de un proceso contencioso, como hemos visto, este queda en suspenso mientras se desarrolla el proceso de

mediación. Por ello, entiendo que la participación del menor en el proceso de mediación solo se producirá cuando así lo solicite el menor o cuando el juez lo considere necesario.

A mi modo de ver, resulta acertado que la participación del menor en el proceso de mediación quede reservada a supuestos excepcionales (como se ha dicho: cuando el juez lo considere necesario o cuando lo solicite el propio menor). Y es que, aun cuando reconozco que la participación del menor en el proceso de mediación puede tener algunas ventajas (como el hecho de que se vea involucrado en las decisiones que se adopten y sienta que sus intereses están representados<sup>56</sup>), cabe plantearse si es en realidad conveniente someter al menor a una situación que sin duda puede acarrearle altos niveles de estrés (junto a otros perjuicios, como el alto coste emocional o el conflicto de lealtades al que puede enfrentarse). Además, no podemos obviar que la mediación tiene carácter confidencial, por lo que la participación de un tercero (en este caso el menor) podría quebrar dicho principio. Téngase en cuenta que, como pone de manifiesto Vázquez de Castro, “existe una tendencia de los menores a divulgar información e, incluso, a fantasear sobre la misma. Es conveniente suministrarles la información estrictamente necesaria y de manera comprensible por ellos. Además, será conveniente transmitir y obtener el compromiso y complicidad sobre el carácter reservado de la información que reciben y de la que suministran en la mediación”

<sup>57</sup>.

Una forma de superar ambos inconvenientes podría ser que el menor no participe de forma directa en el proceso de mediación, sino a través de especialistas debidamente cualificados que, tras entrevistarse con él, pudieran trasladar al mediador su opinión, para que éste a su vez se la haga llegar a las partes.

---

<sup>56</sup> Vid. DURÁN AYAGO, Antonia, "Custodia: corresponsabilidad", cit., p. 20; e IBÁÑEZ LÓPEZ, Andrea y GARCÍA LONGORIA, María Paz, "Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores y sus familias en situaciones de violencia de género bajo la perspectiva de profesionales del ámbito sociojurídico de Almería", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto, vol. 7, n° 2, 2016, p. 24.

<sup>57</sup> Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar", *Revista de derecho de familia*, n° 67, 2015, pp. 106 y 109.

En cualquier caso, considero que no cabe establecer reglas absolutas, sino que habrá que atender en cada caso concreto a la conveniencia o no de que los menores participen en el proceso de mediación.

Cuando se estime conveniente que el menor participe en el proceso de mediación, creo que deben tomarse algunas cautelas. En primer lugar, resulta fundamental la preparación psicológica del menor antes de iniciar su participación en el proceso, lo que requerirá la intervención previa del mediador (o de otro profesional) para que explique al menor en qué consiste el proceso de mediación y cuál va a ser su papel en el mismo<sup>58</sup>. Además, parece recomendable que en las primeras fases del proceso se trabaje con él de forma individual, sin juntarle en ninguna sesión con sus progenitores. Ello podría ayudar a minimizar algunos de los principales inconvenientes que plantea la inclusión del menor en el proceso, como el grado de presión que sufre o el conflicto de lealtades al que puede enfrentarse al tener que expresar su opinión delante de sus progenitores. Por el contrario, una vez que el proceso se encuentre en la “fase de acuerdo”, puede resultar interesante que el menor comience a participar en el mismo de forma conjunta con sus progenitores<sup>59</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALGABA ROS, Silvia, “El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2017.

ANSALDO, Anna, “La mediazione familiare nel divorcio”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, nº 7-8, 2008.

ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, “El interés del menor y la custodia compartida”, *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, nº. 79-80, agosto-septiembre-2013, pp. 45-52.

---

<sup>58</sup> Vid. IBÁÑEZ LÓPEZ, Andrea y GARCÍA LONGORIA, María Paz, “Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores”, cit., p. 29.

<sup>59</sup> Vid. IBÁÑEZ LÓPEZ, Andrea y GARCÍA LONGORIA, María Paz, “Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores”, cit., pp. 24 y 35.

BAUER, Ricardo, “Mediazione civile: una definizione”, en AAVV.: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* (et. al. ASTORINA, Maria Rita y MEZZABOTTA, Claudia), Milano, 2011, pp. 14-19.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto Civile: Vol. 2.1*, Giuffrè, Milano, 2017.

BUGETTI, Maria Novella, “Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi”, *Famiglia e Diritto*, n° 4, 2011.

CALLEGARI, Alessandra, “Gestione dei conflitti e mediazione”, *Diritto e questioni pubbliche*, n° 13, 2013, pp. 444-495.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor en el proceso", *La Ley Derecho de Familia*, n° 7, 2015, pp. 1-16.

CANALE, Guido, “Il Decreto Legislativo in materia di mediazione”, *Rivista di Diritto Processuale*, n° 3, 2010.

CECI, Cristina, “Osservazioni sulla mediazione familiare”, *Psicologia e giustizia*, n° 2, 2011.

CESANA, Cristina, PORRI, Lidia y SALA, Marco, “Gli accordi di mediazione familiare”, *Famiglia, persone e successioni*, n° 7, 2008.

CHIARAVALLOTI, Sonia, “La mediazione familiare come strumento alternativo di risoluzione dei conflitti”, *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, n° 1, 2014, pp. 75-85.

CHIESI, Luca, “Il punto sulla mediazione civile e commerciale”, *Geopunto*, n° 68, 2016.

CILIBERTO, Cristina, “Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione”, *Famiglia e Diritto*, n° 3, 2009.

CORRADO, Simona, “La mediazione familiare come strumento per restare in mezzo ai conflitti”, *Tredimensioni*, n° 8, 2011, pp. 262-269.

CUOMO ULLOA, Francesca, “Mediazione civile e commerciale – Il punto sulla proposta del mediatore”, *Giurisprudenza Italiana*, n° 3, 2017.

CURBELO HERNÁNDEZ, Emiliano Antonio y DEL SOL FLOREZ, Héctor, "Trabajo Social y Mediación Familiar: un enfoque para la protección del menor

en el proceso mediador. Orientaciones para la práctica profesional en los supuestos de ruptura de pareja", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, Vol. X, nº 2, 2010.

D'ADAMO, Daniela, "La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie", *Rivista di Diritto Processuale*, nº 2, 2015.

DALFINO, Domenico, "Il 'futuro passato' della mediazione civile in Italia", *Giurisprudenza Italiana*, nº 1, 2012.

DANOVI, Filippo, "Crisi della familia e giurisdizione: un progressivo distacco", *Famiglia e diritto*, nº 11, 2015, pp. 1043-1052.

DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 759, 2017, pp. 345-369.

DURÁN AYAGO, Antonia, "Custodia: corresponsabilidad...antes y después del divorcio", *Meridiam*, nº 60, 2012, pp. 16-23.

EMILI, Francesca, "Psicologia e Famiglia: la mediazione familiare", *Psico-Pratika*, nº 125, 2016.

FANTETTI, Francesca Romana, "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio", *Famiglia, persone e successioni*, nº 4, 2008.

FAVA, Giovanna, "La mediazione familiare", en AAVV.: *L'affidamento dei figli nella crisi della familia* (coords. SESTA, Michele y ARCERI, Alessandra), UTET Giuridica, 2012, pp. 789-812.

FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008.

FERESIN, Mariachiara, ANASTASIA, Federica y ROMITO, Patrizia, "La mediazione familiare nei casi di affido dei figli e violenza domestica: contesto legale, pratiche dei servizi ed esperienze dell e donne in Italia", *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. XI, nº 2, 2017, pp. 13-28.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores y crisis matrimonial", en AAVV.: *Derecho y familia en el siglo XXI* (eds. HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUÍZ, Miguel Ángel), Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 993-1003.

GHERARDUCCI, Paola, "Mediazione e arbitrato a confronto", en AAVV.: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* (et. al. ASTORINA, Maria Rita y MEZZABOTTA, Claudia), Milano, 2011, pp. 19-22.

IBÁÑEZ LÓPEZ, Andrea y GARCÍA LONGORIA, María Paz, "Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores y sus familias en situaciones de violencia de género bajo la perspectiva de profesionales del ámbito sociojurídico de Almería", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto, vol. 7, n° 2, 2016, pp. 1-45.

IMPAGNATIELLO, Gianpaolo, "La mediazione familiare del tempo della 'mediazione finalizzata alla conciliazione' civile e commerciale", *Famiglia e Diritto*, n° 5, 2011.

IRTI, Claudia, "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 2, 2016, pp. 665-673.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, n° 1, 2015, pp. 51-70.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, "La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida", en AAVV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 387-402.

LOZANO MARTÍN, Antonio y VENEGAS MEDINA, María del Mar, "Mediación familiar y custodia compartida: una mirada al presente que posibilita el mañana", en AAVV.: *La custodia compartida en España* (coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 137-152.

MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, "La audiencia de los hijos menores en los procedimientos de ruptura matrimonial de sus progenitores. Reflexiones a

propósito de la regulación española”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, n° 2, 2020, pp. 771-792.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Exploración judicial de menores en los procesos civiles de familia”, en AAVV.: *Retos jurídicos de actualidad* (dirs. ALONSO SALGADO, Cristina, SÁNCHEZ RUBIO, Ana y RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo; coords. OTERO CRESPO, Marta, VALIÑO CES, Almudena y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 90-93.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AAVV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos), Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 187-222.

MARZARIO, Margherita, “La natura della mediazione familiare: endofamiliare ed esofamiliare”, *Diritto & Diritti*, gennaio 2010.

MAZZAMUTO, Pierluigi, “Mediazione familiare e affidamento condiviso”, *Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, vol. XI, 2013, pp. 109-121.

MEDINA SUÁREZ, Isabel, "Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias", *Apuntes de Psicología*, vol. 34, n° 2-3, 2016, pp. 277-280.

MEI, Alessandra, “La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli nei procedimenti consensuali di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi”, *La Nuova Procedura Civile*, n° 6, 2014.

MERELLO, Simone, “I rapporti personali tra genitori e figli”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2003, pp. 1-17.

MONTARULI, Valeria, “L'interesse del minore nell'affidamento, tra responsabilità e libertà”, *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 4, pp. 1-12.

NAPOLI, Gaetano Edoardo, “L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2009, pp. 1-11.

NOVATI, Rossana, "La mediazione familiare alla luce del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28", *Rivista di psicodinamica criminale*, n° 1, 2011, pp. 53-57.

NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, n° 73, 2015, pp. 117-160.

OCCHIOGROSSO, Franco, "Mediazione e giustizia", *XXV Convegno nazionale AIMMF "Minori, familia, persona: quale giudice?"*, Taranto, 2006.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "La mediación familiar", en AAVV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 375-386.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas y exploración judicial del menor", en AAVV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* (coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo), Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 1327-1348.

PROTOPAPA, Stefania, "Il mediatore familiare: affinità e differenze con le altre figure professionali operanti in campo psicogiuridico", *Altalex*, agosto 2009.

RENOLDI, Giuditta, "Sempre più diffuso il ricorso alla mediazione civile", *Commercialisti & Mediazione*, n° 2, 2015, pp. 11-23.

SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, "La partecipazione dei figli nella Mediazione Familiare: Una questione controversa", *Convegno "Separazione coniugale ed emotiva: della parte del minore. La p.a.s. e il ruolo di psicologia e mediazione"*, Firenze, 2010.

SERVETTI, Gloria y BUFFONE, Giuseppe, "Conciliazione e mediazione nel proceso di familia. L'esperienza del Tribunale di Milano", *Questione Giustizia*, n° 1, 2015, pp. 156-160.

SILLA, Andrea, "La riforma introdotta dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28", en AAVV.: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* (et. al. ASTORINA, Maria Rita y MEZZABOTTA, Claudia), Milano, 2011, pp. 28-32.

SPADARO, Giuseppe, “La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio”, *Famiglia e Diritto*, n° 2, 2008.

TROISI, Claudia, “La mediazione familiare nell’ applicazione della recente legge sull’affidamento condiviso”, *Famiglia e Diritto*, n° 3, 2008.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar", *Revista de derecho de familia*, n° 67, 2015, pp. 79-115.

VILLANI, Michelino, “Brevi note sull’attuale assetto della mediazione civile obbligatoria”, *Osservatorio Costituzionale*, aprile 2015.

VIRTUOSO, Ida, “La mediazione in Italia e Spagna: i principi informativi dell’istituto”, *Diritto & Diritti*, luglio 2017.



## CAPÍTULO V

### **Búsqueda e integración de fórmulas alternativas a la solución de disputas en el ámbito familiar**

*Ana I. González Fernández*

*Universidad de Vigo (ESPAÑA)*

<b>SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. 1. Delimitación conceptual. 2. El Coordinador Parental en el Ordenamiento Jurídico español. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.</b>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

#### **I. INTRODUCCIÓN**

En los conflictos familiares las dificultades para resolver son superiores a otro tipo de conflictos y responden a intereses que van más allá de los propios. Este tipo de controversias se caracteriza por ser disputas enquistadas que vienen fraguándose a lo largo del tiempo, consecuencia, en la mayor parte de los casos, de divorcios y separaciones matrimoniales y no matrimoniales con menores con hijos menores en común.

Si bien es cierto que tradicionalmente, los divorcios y separaciones se sustancian a través de la vía contenciosa, en los últimos años estamos asistiendo a un mayor impulso de métodos alternativos a la vía judicial para buscar soluciones consensuadas en estas situaciones. Si en la práctica totalidad de los casos resulta esencial la búsqueda de soluciones amistosas entre la expareja, cuanto más cuando entran en juego intereses ajenos relacionados con el cuidado y atención de menores nacidos de la relación previa.

A pesar de que los cónyuges finalicen su matrimonio con la adopción de un convenio regulador en el que se contemplen todas las cuestiones relativas al fin

de su matrimonio las disputas no quedan ahí. Es frecuente que los conflictos se reiteren en el tiempo como consecuencia de reiterados incumplimientos del mismo, más aún en lo que atañe a cuestiones vinculadas con los hijos menores del matrimonio.

Estamos ante conflictos que habitualmente se centran en discusiones con escasa relevancia jurídica, centradas en asuntos nimios, como puede ser la escoger el colegio del menor, celebraciones familiares, reparto de las vacaciones de los menores, asuntos relativos a la salud del menor, actividades extraescolares a las que se ha de apuntar el menor, etc.<sup>1</sup>.

Todas estas discusiones provocan un incremento considerable de demandas ante los Tribunales y Juzgados de Familia instando la ejecución forzosa de las sentencias dictadas en primera instancia e, incluso, demandas de modificación de las medidas acordadas en un primer momento; asimismo, en los últimos años, se viene observando un importante número de demandas en expedientes de jurisdicción voluntaria. La consecuencia más directa de esto es que los Juzgados de Familia estén cada día más colapsados, ya no sólo por el incremento de demandas en este sentido, sino que unido a la falta de recursos materiales y humanos en nuestro sistema judicial.

Estas situaciones son denominadas por la doctrina como “alta conflictividad familiar”. Este concepto hace referencia a aquellas “*disputas intensas entre sus miembros, caracterizadas por elevados niveles de desconfianza, enfado, ira y hostilidad*”<sup>2</sup>. En este tipo de conflicto, habitualmente, se refleja la falta de comunicación entre la pareja que queda patentado en la falta de consenso a la

---

<sup>1</sup> Como señala LAUROBA, “*la mayoría de los conflictos familiares no atienden a aspectos legales, sino sociales/emocionales*”, de tal manera que “*estos conflictos se caracterizan por la constante injerencia de las emociones, que modula su racionalidad*”.

Véase en este sentido, LAUROBA, Elena, “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿Y...?”, *InDret*, nº4, 2018, pp. 7 y 8.

<sup>2</sup> DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, “Eficiencia en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura: la coordinación parental” en JIMÉNEZ CONDE, Fernando y BELLIDO PENADÉS, Rafael, (Dir.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 638 y ss.

hora de la toma de cualquier decisión, especialmente de aquellas en las que estén implicados menores, lo que conlleva al menoscabo psicológico de éstos<sup>3</sup>.

Para solventar las dificultades arriba referidas, se potenció el uso de la mediación como método de solución extrajudicial efectivo para la resolución de los conflictos familiares desde las diferentes instituciones, tanto a nivel nacional, europeo e, incluso, internacional. En este contexto, destaca la labor desarrollada en el ámbito autonómico en defensa de la mediación como método eficaz para la resolución de los conflictos<sup>4</sup>.

Son muchas las voces que se manifiestan en sentido favorable a la aplicación de este instrumento de resolución de conflictos, pues en él se tienen en cuenta no sólo las cuestiones jurídicas, sino que se presta especial atención a las cuestiones emocionales derivadas de estos conflictos familiares enquistados.

## **II. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD**

### **1. Delimitación conceptual**

Como vimos, hasta el momento la figura de resolución de conflictos más conocida y desarrollada dentro de nuestras fronteras es la mediación, que se viene aplicando en nuestro país con escasa cabida. Sin embargo, debemos señalar que existen en la actualidad métodos complementarios a la vía judicial que se exportaron de otros países que gozan ya de un amplio reconocimiento en nuestro Ordenamiento Jurídico para la gestión de la alta conflictividad familiar. Es en este contexto es dónde surge la coordinación parental para un mejor tratamiento de los conflictos familiares enquistados que implican a menores, sobre la que nos detendremos en estas líneas<sup>5</sup>.

Esta figura, de reciente incorporación en nuestro Ordenamiento Jurídico, no está exenta de críticas, como veremos, son muchas las voces que se manifiestan en

---

<sup>3</sup> ROSALES ÁLAMO, Manuel, FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía y FARIÑA RIVERA, Francisca, *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2019, p. 11.

<sup>4</sup> Véase en tal sentido, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Ana Isabel, *La mediación como método de resolución de controversias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 75 y ss.

<sup>5</sup>A pesar de la eficacia demostrada de la mediación, tanto en las fases previas del proceso como antes de la sentencia, su utilización todavía no está generalizada, de ahí que desde las diferentes instituciones estén potenciando que las partes su utilización.

contra de su utilización en cuanto suponen un menoscabo de la voluntad de la parte más débil de la pareja. No obstante, también desde gran parte de la doctrina se apoya su utilización al entender que nos encontramos con una institución que favorece la comunicación y el cumplimiento de los acuerdos relativos a los menores.

La coordinación parental se define como es un “*proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas, educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos/as y –previo consentimiento de las partes y/o del juzgado– tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la resolución judicial, o por el acuerdo de designación del/la coordinador/a de parentalidad*”<sup>6</sup>.

Por tanto, se trata de un procedimiento alternativo de resolución de controversias jurídico si no que bajo sus postulados se combina el ámbito jurídico con la protección de la salud mental, que, a su vez, conjuga la evaluación, educación, gestión de casos, gestión de conflictos. Para ello, es necesario impulsar la toma de decisiones sobre los hijos menores a través de un tercero imparcial que en este caso, se denomina coordinador parental. Esta figura entra en acción para prestar su ayuda a los progenitores que, con sus actos, han demostrado su incapacidad para la toma de decisiones sobre los hijos menores así como un constante incumplimiento de lo acordado en el convenio regulador.

La figura del Coordinador Parental se ha venido aplicando con éxito desde el año 1990 tanto en el ámbito del Derecho comparado (USA, Canadá, y Argentina) como en el ámbito español, donde se ha venido utilizando, primero con carácter experimental y luego con carácter consolidado mediante varios proyectos piloto<sup>7</sup>,

---

<sup>6</sup>*Directrices para la Coordinación de Parentalidad.* La CP es una figura híbrida de ADR, constituyendo una especie de mediación cuyo profesional tiene encomendada la función de auxiliar al Juez a través de la elaboración de informes periódicos sobre la evolución de la relación de los progenitores.

<sup>7</sup> Estos proyectos piloto se han desarrollado principalmente, a partir del año 2013 en Cataluña y, posteriormente, en Baleares y Valencia. Los resultados de dichas experiencias se han revelado positivos y beneficiosos para la disminución del nivel de conflicto familiar, para la solución de las controversias y para el aprendizaje de pautas de ejercicio positivo de la parentalidad por parte de ambos progenitores.

a pesar de ello, no existe todavía un plan concreto apoyado por el Derecho positivo, pero sí es cierto que ya existe jurisprudencia sobre la materia objeto de estudio que apoya la necesidad de su implementación y de sus beneficios para prestar asistencia a los progenitores con alto nivel de conflictividad, así como las cuestiones relativas a su nombramiento y los límites de la figura<sup>8</sup>.

## **2. El Coordinador Parental en el Ordenamiento Jurídico español**

La primera referencia al término de Coordinación Parental que podemos encontrarnos en la jurisprudencia es en la sentencia dictada por la AP de Barcelona<sup>9</sup>, posteriormente confirmada por el TSJ de Cataluña, que se dicta en el marco de un plan piloto desarrollado en el Centre de Mediació del Dret Privat de Cataluña, en él las partes voluntariamente aceptaban el nombramiento del coordinador parental. En la segunda de las sentencias citadas, convalida su utilización cuando *“los jueces, fundadamente, en casos de grave conflicto y por tanto excepcionales, con el fin de preservar las relaciones de los progenitores con sus hijos menores de 18 años de edad, acuerden recabar un apoyo especializado, no solo para la elaboración de un dictamen estático sino también para una actuación dinámica en ejecución de sentencia”* (STJ de Cataluña, 11/2015, de 26 de febrero de 2015)<sup>10</sup>.

Habitualmente la derivación a la resolución de conflictos a través de la parentalidad se realiza en aquellos casos en los que las partes son incapaces de *“lograr por sí solos un adecuada, ordenada y pacífica ejecución y desarrollo del régimen de estancias y del correcto ejercicio coordinado y normalizado de sus funciones parentales en relación con el cumplimiento del régimen de visitas y*

---

<sup>8</sup> GARCÍA-HERRERA, Alicia, “Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, *InDret*, 2, 2016, p. 16.

<sup>9</sup> Barcelona. Audiencia Provincial. Sección 12ª. Sentencia nº 301/2014, de 7 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/15989a356628440a16219645d4250cc785f3c1bbo384e71e>.

<sup>10</sup> Cataluña. Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal. Sección 1ª. Sentencia nº 11/2015, de 26 de febrero de 2015 [consultado el: 25/10/2020]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/32e4doc228a7faee/20150324>.

*estancias establecido y el ejercicio ordinario de las funciones parentales*<sup>11</sup>. En estos supuestos, atendiendo al bienestar de los hijos comunes, es conveniente, de cara a evitar cualquier tipo de riesgo emocional o psicológico -presente o futuro-, que pueda alterar o condicionar el desarrollo personal de los hijos menores de la expareja.

No obstante, el Coordinación Parental ha de ser capaz de identificar cualquier forma de violencia, de manera que las prevea y actúe frente a ellas. La motivación fundamental de su trabajo consiste es la protección y el bienestar integral de los menores, adolescentes o de personas con la capacidad limitada judicialmente en todos los aspectos, manteniendo las relaciones paterno-filiales para que sean estables en el tiempo<sup>12</sup>. Para ello, el profesional no lleva a cabo tareas de mediación, aunque sí utiliza muchas de sus metodologías y técnicas combinadas con las de otros métodos de resolución de conflictos. En su ejercicio profesional desarrolla técnicas de información psicológica tendentes a informar, sensibilizar, cambiar actitudes, potenciar habilidades, gestionar las emociones de las partes y comprometer a los implicados en el bienestar de los menores; a pesar de no prestar asistencia legal, el Coordinador Parental informa a las partes de sus obligaciones y deberes respecto a esta figura o sobre la resolución judicial del objeto de conflicto<sup>13</sup>.

Su nombramiento se ampara en las previsiones contenidas en el art. 39 de la CE y 91, 92.5 y 158.6<sup>a</sup> del CC -sin contar las normas supranacionales e internacionales que reconocen la necesidad de preservar los derechos del menor y la Recomendación (2006) 19, sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva-<sup>14</sup>, que habilitan legalmente al juez para acordar, en las sentencias recaídas en los procesos de familia, en ejecución de las mismas, o en cualquier procedimiento, específicamente, las cautelas y garantías que estime oportunas para asegurar el eficaz cumplimiento de las medidas personales referidas a los

---

<sup>11</sup> Madrid. Juzgado de Primera Instancia nº 24. Sentencia 155/2019 de 12 abril de 2019[consultado el: 25/10/2020]. Disponible en: <https://www.acopar.es/index.php/2019/07/31/juzgado-de-primera-instancia-n-24-de-madrid-sentencia-155-2019-de-12-abr-2019-rec-595-2018/>.

<sup>12</sup> ROSALES ÁLAMO, Manuel, FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía y FARIÑA RIVERA, Francisca, *Documento base...*, Op. Cit., p. 11.

<sup>13</sup> ROSALES ÁLAMO, Manuel, FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía y FARIÑA RIVERA, Francisca, *Documento base...*, Op. Cit., p. 12.

<sup>14</sup> Unión Europea. Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva.

hijos en relación con el sistema de guarda establecido o el régimen de comunicaciones y estancias fijado, y, en general, para adoptar las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar a los menores de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o social<sup>15</sup>. Otro sector entiende que la institución analizada tiene su amparo en los planes de parentalidad, pactos de convivencia o relaciones familiares que recogen algunas normas autonómicas para regular el ejercicio de las potestades de los padres respecto a los hijos menores<sup>16</sup>.

En cuanto a las referencias normativas sobre esta figura, como en el caso de la mediación familiar, las primeras experiencias deben referirse a las CCAA. La primera en dotar de instrumentalidad jurídica, en consonancia con las primeras

---

<sup>15</sup> Pero ¿en qué situaciones es recomendable la intervención del Coordinador Parental para proteger los intereses de los menores?. Esta cuestión fue objeto de debate en el I Fórum de Expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad, coincidimos con ellos en los supuestos que contempla para su derivación y que transcribimos a continuación, diferenciando las situaciones propicias para su inclusión y aquellas situaciones específicas en las que es esencial la intervención del Coordinador Parental. En todo caso, quedarán excluidos aquellos casos en los que exista riesgo en la integridad de cualquiera de las personas implicadas, especialmente, en el caso de menores.

Supuesto de inclusión de un Coordinador Parental son: 1. *Historia referida o explícita de resistencia de los menores a relacionarse con uno de los progenitores, y de ser el caso con otros familiares.* 2. *Necesidad de establecer o restablecer el contacto de las personas menores de edad con uno de sus progenitores/as u otros familiares, tales como, abuelos/as, hermanos/as, u otros miembros significativos para ellas, así como en casos de sustracción o retención ilícita de las personas menores de edad.* 3. *Necesidad de vincular o revincular a las personas menores de edad o con capacidades modificadas judicialmente con uno/a de sus progenitores/as u otros familiares, tales como, abuelos/as, hermanos/as, u otros miembros significativos para ellas.* 4. *Necesidad de modificación del sistema de guarda y/o de relaciones parentofiliales en los casos muy graves y de carácter contencioso en que se den las problemáticas descritas.* 5. *Reiteración de discrepancia en expedientes de jurisdicción voluntaria, que afecte al adecuado ejercicio de la parentalidad o coparentalidad positiva, tales como, reiteración de desacuerdos en situaciones cotidianas, educativas, formativas, sanitarias y de cuidado relacionadas con la patria potestad o la guarda, que condiciona el bienestar y desarrollo de las personas menores de edad.* 6. *No aceptación, rechazo o abandono de otras intervenciones, especialmente, mediación familiar, terapia forense o psicológica.* 7. *Conflictos familiares en situaciones de acogimiento y adopción que interfiera en el buen desarrollo y bienestar de la persona menor de edad.* 8. *Cuando se requiera la ampliación y/o especificidad del plan de parentalidad en cuestiones no sustanciales, en ámbitos como el educativo, sanitario, etc.* 9. *Cuando sea necesario supervisar el cumplimiento del plan de parentalidad, atendiendo a las características particulares de la familia.* 10. *Situaciones familiares en que el CP debe de intervenir para proteger a las personas menores de edad.*

Las circunstancias familiares específicas para las que se prevé la intervención del Coordinador Parental son: 1) *Existencia de Adicciones, como juego, drogas, etc., que interfieran en las relaciones parentofiliales o interparentales.* 2) *Historia de violencia familiar (Violencia de género, filioparental, maltrato infantil).* 3) *Trastornos psicológicos o psiquiátricos que interfieran en las relaciones parentofiliales o interparentales.* 4) *Situaciones de privación de libertad de alguno/a de los/las progenitores/as.*

Véase, ROSALES ÁLAMO, Manuel, FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía y FARIÑA RIVERA, Francisca, *Documento base...*, Op. Cit., pp. 15-16.

<sup>16</sup> VVAA, *Coordinador parental. Análisis multidisciplinar*, LeFebre, 2020, p. 7.

referencias jurisprudenciales, fue en Cataluña, a través de la Ley 25/2010, de 29 de julio<sup>17</sup>, en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat), al tratar la responsabilidad parental, indica que *“los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el art. 233-9”* (art. 233-8 CCCat). A pesar de esta referencia, nada se prevé al respecto sobre la posibilidad de que la autoridad judicial pueda designar a un profesional al efecto de crear el plan parental adaptado a cada caso concreto, más allá del administrador judicial previsto en el art. 236-3 del CCCat, en cuanto se prevé la designación de una persona para evitar cualquier perjuicio, personal o patrimonial, a los hijos en potestad. Sin embargo, en el propio CCCat, se prevé que los servicios sociales puedan seguir la situación familiar y, en caso de contar con un punto de encuentro familiar, deberá concretar la concreta modalidad de intervención<sup>18</sup>.

La segunda de las CCAA en regular esta institución fue Aragón en el Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo<sup>19</sup>, en su art. 77.1 señala que *“los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos”*. En el mismo sentido, la Comunidad Valenciana en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Valencia<sup>20</sup>, en su art. 4.1, establece que, *“cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas”*.

En el mismo sentido se pronunció el País Vasco en la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los

---

<sup>17</sup> Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia [internet]. BOE, 21 de agosto de 2011, n° 203 [consultado: 25/10/2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>.

<sup>18</sup> DA 7ª del Libro II del CCCat.

<sup>19</sup> Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas [internet]. BOA, 29 de marzo de 2011, n° 67, páginas 6490 a 6616 [consultado: 25/10/2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>.

<sup>20</sup> Comunidad Valenciana. Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven [internet]. BOE, 25 de abril de 2011, n° 98 [consultado: 25/10/2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-7329-consolidado.pdf>.

progenitores<sup>21</sup>, en estos casos, se señala que “*los pactos que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia*” (art. 4.1).

Finalmente, más recientemente, en Navarra, en la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo<sup>22</sup>, cuando refiriéndose al pacto de parentalidad permite a los progenitores que se incluya en el pacto su compromiso de recurrir a la mediación familiar para solventar las diferencias suscitadas consecuencia de su aplicación<sup>23</sup>.

### **III. CONCLUSIONES**

En definitiva, posicionándonos de parte de la doctrina mayoritaria, entendemos que el objetivo fundamental de esta institución de resolución de conflictos no es otra que procurar una solución efectiva del conflicto, integrada en los Tribunales, que satisfaga a todas las partes implicadas potenciando el cuidado de los menores de edad. Para ello, el tercero imparcial debe atender y entender las circunstancias de cada familia y, considerando todas ellas, crear un plan parental que les ayude a regular sus relaciones de la forma más constructiva posible. En cambio, la realidad dista mucho de la teoría, en muchos de los supuestos en los que se está nombrando un Coordinador Parental en resoluciones judiciales, la función de

---

<sup>21</sup> País Vasco. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores [internet], BOPV, 10 de julio de 2015, nº 129 [consultado: 25/10/2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2015/06/30/7/con>.

<sup>22</sup> Comunidad Foral de Navarra. Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo [internet]. BOE, 9 de junio de 2019, nº 137, pp. 59756 a 59877 [consultado: 25/10/2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/06/08/pdfs/BOE-A-2019-8512.pdf>.

<sup>23</sup> La Exposición de Motivos, establece que “*la nueva regulación es claramente tendente a fomentar el pacto de parentalidad entre los progenitores como primera opción para regular las relaciones familiares y evitar la litigiosidad así como a orientar la mediación que facilite tal fin, ofreciendo, subsidiariamente, una amplia discrecionalidad judicial para, desde el principio fundamental «favor filii», adoptar en cada caso concreto las medidas que en defecto de pacto superen las lagunas o taxatividades del texto civil común, tan claramente evidenciadas en los últimos tiempos por la amplia variedad de situaciones y circunstancias específicas concurrentes, así como para propiciar la coordinación de parentalidad. Es decir, libertad civil, pacto y discrecionalidad judicial orientada mediante criterios flexibles y dotada de medios adecuados que lo posibiliten han sido también los principios informadores propios del derecho navarro que han guiado la regulación de las relaciones paternofiliales*”.

éste es distinta<sup>24</sup>. A continuación, aportamos algunos supuestos en los que se le otorgan distintas y amplias facultades:

- El Coordinador Parental debe resolver las discrepancias o divergencias, en el que emita un informe favorable para determinar la idoneidad de la custodia compartida (SAP Zaragoza 621/2019<sup>25</sup>);
- Si el nombramiento se produce en fase de ejecución, el Coordinador Parental debe intervenir en una primera fase de aproximación entre la madre y el hijo, y, para llevar a cabo su labor, deberá tener la facultad de mantener entrevistas individuales con los progenitores, con el menor, con los miembros de la familia extensa si fuese preciso, profesores y con los psicólogos que atiendan a los padres o al hijo (STSJ Cataluña 1/2017<sup>26</sup>), asimismo, en esta fase se prevé su intervención para tratar las incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas (SAP Barcelona 213/2018<sup>27</sup>);
- Si el Coordinador Parental tiene encomendada la función de auxilio a las partes para gestionar y superar su conflicto parental, una vez que se alcanza un nivel adecuado y positivo de coparentalidad los progenitores, que reduzca su conflictividad y la repercusión de la misma, sus funciones finalizan (SAP Valencia 486/2018<sup>28</sup>);

Con todo, para procurar un correcto ejercicio de las funciones del Coordinador Parental, tendrá la facultad de recabar informes de los servicios sociales, de las

---

<sup>24</sup>MARRODÁN PASCUAL, M., “La mediación familiar en los puntos de encuentro familiar. La figura del coordinador de parentalidad en el ámbito de los conflictos familiares”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 41- año 2016.

<sup>25</sup> Zaragoza. Audiencia Provincial. Sentencia 332/2019, de 17 de abril de 2019 [consultado el: 25/10/2020]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8766667/Competencia/20190521>.

<sup>26</sup> Cataluña. Tribunal Superior de Justicia. Sección 1ª. Sentencia nº 1/2017, de 12 de enero de 2017 [consultado el: 25/10/2020]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/fob08d309eaf1e5cc13003b2ec45c8c4b8bab1834f06493d>.

<sup>27</sup> Barcelona. Audiencia Provincial. Sección 15ª. Sentencia nº 213/2018, de 5 de abril de 2018 [consultado el: 25/10/2020]. Disponible en: <http://docplayer.es/90540638-Roj-sap-b-2088-ecli-es-apb-2018-2088.html>.

<sup>28</sup> Valencia. Audiencia Provincial. Sección 10ª. Sentencia nº 486/2018, de 6 de junio de 2018 [consultado el: 25/10/2020]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/3dd341d8d50ca321c6b725c235149e8142e4a9c597691621>.

escuelas y centros de salud, así como acceder al expediente judicial y solicitar el auxilio del Juzgado, si así es necesario<sup>29</sup>.

La duración de los procedimientos en los que se prevé la intervención de un Coordinador Parental no está sujeta a plazos, tanto puede durar un mes como un año, dependiendo de la dificultad de cada caso. Eso sí, cada tres meses, el profesional encargado de su dirección deberá enviar un informe al Juez que conoce del caso en vía judicial sobre cómo está la situación. Con la implementación en nuestro ordenamiento del Coordinador Parental no se pretende suprimir las funciones que deben ejercer los abogados, mediadores o, incluso, los psicólogos en cada caso concreto. Su función consiste en coordinar a todos los profesionales para, de ese modo, investigar sobre la situación de los menores y, de ese modo, procurar encontrar aquellas medidas necesarias que mejor se adapten a la situación de cada menor para que tengan lo mejor, funcionando como un nexo de unión entre las partes que redunde en beneficio para el menor<sup>30</sup>.

En cuanto a las diferencias del Coordinación Parental con la mediación, la principal deriva del principio de voluntariedad que rige la mediación a la hora de alcanzar los acuerdos alternativos a la vía judicial mediante una opción reglada en nuestro Ordenamiento Jurídico. Desde el Convenio Europeo sobre el ejercicio de Derechos de los Niños se señala que “*en caso de conflicto, es oportuno que las familias traten de llegar a un acuerdo antes de someter el asunto a una autoridad judicial*”, para ello, desde las distintas esferas jurídicas se impulsará, entre otros métodos alternativos, la práctica de la mediación (art. 13)<sup>31</sup>. En la misma línea, el Comité de los derechos del Niño de Naciones Unidas recuerda que la participación del niño en el proceso, pueden abarcar, además de los procedimientos judiciales y administrativos, otros sistemas alternativos, como la

---

<sup>29</sup>Una de las cuestiones que más dudas plantea su aplicación es el acceso a esos datos que comprometen la información confidencial relativa a los menores y su entorno. VVAA, *Coordinador parental...*, Op. Cit., p. 9.

<sup>30</sup>GONZÁLEZ, A., “La figura del coordinador parental en un divorcio: quién es y qué busca”, *ABC Padres e hijos*, 2019 [Disponible en: [https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-figura-coordinador-parental-divorcio-quien-y-busca-201901290247\\_noticia\\_amp.html?\\_\\_twitter\\_impression=true](https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-figura-coordinador-parental-divorcio-quien-y-busca-201901290247_noticia_amp.html?__twitter_impression=true), última consulta: 18/05/2022].

<sup>31</sup>MARRODÁN PASCUAL, Magaly, “La intervención mediadora en los puntos de encuentro familiar de la Comunidad Foral de Navarra. Una experiencia innovadora” en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil: actas del III Simposio "Tribunales y Mediación"*. Madrid, septiembre 2013, LAUROBA LACASA, María Elena y ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, 2014, pp. 65-74.

mediación. Así lo recoge también el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer que “*el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social*”.

En la misma línea, son muchos los autores que se manifiestan a favor del recurso al Coordinador Parental para la resolución de conflictos que impliquen a menores de 18 años (con especial atención a adolescentes de conducta disruptiva) pues, en estos supuestos, facilitarán el cumplimiento de las medidas adoptadas cuando se sientan copartícipes del proceso y de las medidas adoptadas, de ahí que la utilización de la mediación se presente como el mecanismo más eficaz<sup>32</sup>. A pesar de ello, la mediación apenas cuenta con aplicación práctica en nuestro país ni siquiera en el ámbito familiar, por ello, en los últimos años se apuesta por la aplicación de este nuevo mecanismo de justicia terapéutica para hacer frente a los conflictos familiares enquistados.

Ahora bien, no todo son posicionamientos a favor de la incorporación de este instrumento en nuestro Ordenamiento Jurídico. Desde asociaciones feministas se manifiestan en contra, al entender que institucionaliza la violencia contra las mujeres<sup>33</sup>. En este punto, cabe indicar que en la mediación ante cualquier duda de violencia de género, se excluye su derivación; no obstante, en estos casos desarrollados ante el Coordinador Parental, no sucede así, por lo que podría suceder que se produjese un aumento de coacción por parte del maltratador frente a su víctima, quedando la violencia de género en un segundo plano. Además, al no contar con un marco normativo claro, entienden que el recurso posterior a un proceso judicial con todas las garantías quedaría gravemente entredicho, pues, ante las medidas acordadas por el mismo, no cabe recurso. Por

---

<sup>32</sup>VVAA, *Coordinador parental...*, Op. Cit., p. 13.

<sup>33</sup> BARBADILLO, A., “*Quién coordina o coordinador parental?*”, *Nós Diario*, 2020 [disponible en: [https://www.nosdiario.gal/articulo/social/quen-coordina-coordinador-parental/20200131180730090575.amp.html?\\_\\_twitter\\_impression=true](https://www.nosdiario.gal/articulo/social/quen-coordina-coordinador-parental/20200131180730090575.amp.html?__twitter_impression=true), última consulta: 25/10/2020].

otro lado, en relación con el profesional encargado de establecer el Plan Parental no está definido claramente, sin contar con un Estatuto Jurídico definido<sup>34</sup>.

Por otro lado, la Coordinación de Parentalidad se basa en la imposición de medidas por el profesional encargado, en este caso, al contrario que en la mediación, la voluntariedad desaparece y pueden prevalecer decisiones coactivas que, como decimos, no hay forma de recurrir (recordar que una de las manifestaciones esenciales de la tutela judicial efectiva es el derecho a los recursos). Otra de las diferencias con la mediación deriva de la confidencialidad, en la Coordinación de Parentalidad, el coordinador puede utilizar datos del proceso judicial con toda garantía y viceversa, las actuaciones de las partes en las sesiones para implementar el Plan Parental pueden ser utilizadas en un proceso judicial posterior.

En consecuencia, el Plan de Parentalidad permite gestionar de manera más eficaz los conflictos surgidos en un momento posterior a la ruptura cuya solución no se previó en el convenio regulador, además debido a la flexibilidad de este instrumento permite adaptarse a las circunstancias concretas que se produzca en relación con el menor, incluso en aquellos casos en los que, intentada la mediación, no finalizase con éxito.

Teniendo en cuenta las experiencias de las distintas CCAA, y apreciando las ventajas que ofrece este instrumento en los conflictos enquistados entre los ex-cónyuges que redundan en el desarrollo personal de los hijos menores, estimamos muy positiva su regulación a nivel nacional y su aplicación práctica en estos supuestos. Si bien, consideramos positivo también la incidencia de la mediación familiar en estos casos, procedimiento que podría desarrollar el profesional encargado de establecer el Plan Parental.

---

<sup>34</sup> Sobre este punto, véase la petición al Ministro de Justicia: “No permitir la inscripción de la figura del “Coordinador Parental” en el Registro de Mediadores Familiares del Ministerio de Justicia de España. Disponible: <https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSdfVhmfH-hrGRX3MBk3TkqFq3FVivT4Ipu-bXKnCDX4XnV5aA/viewform> (última consulta: 25/10/2020).

## BIBLIOGRAFÍA

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, “Eficiencia en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura: la coordinación parental” en JIMÉNEZ CONDE, Fernando y BELLIDO PENADÉS, Rafael, (Dir.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

GARCÍA-HERRERA, Alicia, “Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, *InDret*, 2, 2016

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Ana Isabel, *La mediación como método de resolución de controversias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

LAUROBA, Elena, “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿Y...?”, *InDret*, nº4, 2018

MARRODÁN PASCUAL, M., “La mediación familiar en los puntos de encuentro familiar. La figura del coordinador de parentalidad en el ámbito de los conflictos familiares”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 41- año 2016

MARRODÁN PASCUAL, Magaly, “La intervención mediadora en los puntos de encuentro familiar de la Comunidad Foral de Navarra. Una experiencia innovadora” en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil: actas del III Simposio "Tribunales y Mediación". Madrid, septiembre 2013*, LAUROBA LACASA, María Elena y ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, 2014

ROSALES ÁLAMO, Manuel, FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía y FARIÑA RIVERA, Francisca, *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2019

VVAA, *Coordinador parental. Análisis multidisciplinar*, LeFebre, 2020

## CAPÍTULO VI

### La tenencia compartida: ¿solución o problema?

*Sylvia Amelia Torres Morales*

*Universidad de Lima (PERÚ)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INSTITUCIÓN DE LA TENENCIA EN EL PERÚ. III. LA FIGURA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ. IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA TENENCIA COMPARTIDA. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo abordará la problemática de la institución de la Tenencia Compartida en el Perú, dado que, debido a una reciente modificación legislativa, esta modalidad -por llamarla de alguna forma- ha desplazado a la tenencia exclusiva que se otorgaba a uno de los progenitores (y régimen de visitas para el otro) por una suerte de asignación igualitaria de la presencia y cuidado in situ del menor para ambos padres.

Abordaremos las ventajas y desventajas de la aplicación de esta medida que, más allá de poder considerarse a simple vista como algo “justo”, podría resultar perjudicial justamente para el menor y trastocarse el principio que se debería mantener en todo momento: El Interés Superior del Niño.

#### **II. LA INSTITUCIÓN DE LA TENENCIA EN EL PERÚ**

La Tenencia en el Perú se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes, norma que data del año 2000, por lo que al haber pasado ya más

de 20 años desde su dación, ha sido objeto de una serie de modificaciones y, el tema de la tenencia, no se ha escapado a ello.

Uno de los grandes y delicados temas que debe afrontar la pareja que desea separarse o divorciarse, y que tiene hijos menores de edad o, mayores con alguna discapacidad, es quién contará con la tenencia de ellos.

Resulta claro que la Patria Potestad, es decir este “típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que éstos adquieran plena capacidad”<sup>1</sup>, en principio la tendrán ambos padres<sup>2</sup>, pero el tema de la tenencia deberá ser evaluada por el juez en el caso que los progenitores no puedan ponerse de acuerdo. Hasta antes de la modificatoria que comentaremos más adelante, alguno de los dos padres debía contar con la presencia física del menor y el otro conformarse con el establecimiento de un régimen de visitas.

Es importante señalar que son abundantes los casos en que las pugnas por la tenencia del menor o menores no obedecen a garantizar el interés superior del niño sino que muchas veces, los padres, cegados por sentimientos negativos utilizan a los menores para herir o vengarse de la pareja y “arrebatarlos” considerando este acto como el peor castigo, -como una suerte de reivindicación- por los motivos que pudieran haber generado la separación.

Es este escenario en que la autoridad judicial debe ser muy prolija y analizar profundamente el contexto que circunda al menor, -sin entrar evidentemente en las riñas entre las parejas porque ello no es su función-, definir qué es lo mejor para él, con quién estaría mejor; en suma, con quién tendría más posibilidades de desarrollar una vida tranquila y normal.

Asimismo, algo muy importante que no debe dejar de lado el juzgador es la opinión del menor. En ese sentido, el Código de los Niños y Adolescentes es muy claro al señalar en su artículo 85 que “el juez especializado debe **escuchar** la opinión del niño y **tomar en cuenta** la del adolescente”. Esta norma garantiza

---

<sup>1</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Pacífico Editores SAC, Lima, 2020.

<sup>2</sup> En nuestro país, la ley dispone que la Patria Potestad puede suspenderse o perderse por varias causales establecidas en los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes.

que el menor no se convierta en una suerte de “invitado de piedra” en una problemática donde ciertamente se encuentran definiendo situaciones importantes de su vida (él es el protagonista principal de esta historia). La ley es sabia al señalar que en el caso del niño el juez debe escuchar (es decir, tener una referencia de lo que desearía) y ello pues, al tratarse de un niño podría ser mucho más manipulable que un adolescente. Este último, con un poco más de madurez, se hace merecedor a que el juez no solo lo escuche sino que dé un paso más y “tome en cuenta su opinión”.

Resulta importante recalcar que, no obstante que lo que desee el menor no es vinculante y, por tanto, no obliga en modo alguno al juez a decidir por lo que el adolescente opinó si considera y, tiene los elementos de juicio suficientes para determinar que la misma es contraria a su mejor bienestar, coincidimos plenamente con el Dr. Benjamin Aguilar Llanos quien considera que “por su edad, su visión de los hechos, indicación y deseos, puede ser un referente importante para el juez”<sup>3</sup>.

En ese sentido, el Juez, al escuchar la opinión del niño o del adolescente, debe guiarse por los criterios o indicadores a los que arribaron los Magistrados de Familia en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en el año 1997. En dicho pleno se acordó que el magistrado debía tomar en cuenta “...la edad, el grado de madurez, el entorno psicosocial, el tiempo de permanencia con los padres, la libertad e influencia de los padres y de quienes conforman su entorno, razonamiento y valores, grado de instrucción, estado de salud físico y mental, medio familiar, carácter espontáneo o programado de la declaración al momento de la entrevista”<sup>4</sup>. Con estos indicadores y, ciertamente, con el apoyo del equipo multidisciplinario con el que cuenta la judicatura, el magistrado puede tener un mejor acercamiento de lo que realmente desearía el menor y no caer en una versión inducida o manipulada producto de la llamada “alienación parental” de uno de los progenitores en contra del otro.

---

<sup>3</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamin, La tenencia como atributo de la Patria Potestad y la Tenencia Compartida. Revista Derecho y Sociedad No. 32, editada por la Asociación Civil Derecho & Sociedad Año Consultada en : <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17425/17705>

<sup>4</sup> Cita obtenida del Dictamen de los Proyectos de Ley de Tenencia Compartida del Congreso de la República del Perú, consultado en <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTYwMzY=/pdf/DIC%201096%20Y%20OTRO>

Ahora bien, al entrar al análisis regulatorio de la Tenencia en el Perú debemos señalar que, antes del 26 de octubre del año 2022, a través del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, dicha institución estaba regulada de la siguiente manera, en caso que no existiera acuerdo entre las partes y correspondiera al juez tener que decidir:

Art.84.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) El hijo menor de tres años, permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, deberá señalarse un régimen de visitas.

La norma citada, claramente priorizaba aspectos objetivos para otorgar la tenencia. Así, en el primer caso se otorga al progenitor con quien el menor convivió más tiempo, en otras palabras, con quien pasaba más tiempo, con quien compartía más su vida, en el entendido que se habría creado un mayor vínculo y, en principio, podría ser perjudicial cortarlo.

Si bien es cierto no cabe la menor duda que en épocas pasadas, mayoritariamente era el padre el proveedor, quien salía a trabajar pasando horas fuera del hogar y, correspondía a la madre quedarse en casa a cuidar a los hijos, por lo que era ella quien estaba en mejor posición de señalar que era la que más tiempo pasaba con el menor. Hoy en día esta situación, en la generalidad de los casos, ya no se presenta pues padre y madre trabajan por igual y, posiblemente, quien está más tiempo con el menor sea la abuela, la tía, la nana o la trabajadora del hogar.

En el segundo supuesto, se trata de una norma de tipo imperativa pues señala que el niño menor de 3 años “permanecerá” con la madre.

En este caso, consideramos que se trata de una norma ciertamente discriminatoria, pues la pregunta que cae de madura es “¿por qué el padre no podría ocuparse de su hijo sea la edad que tuviera?”. Si retomamos la idea anterior donde señalamos que en la actualidad padre y madre trabajan por igual, cuál sería el sentido de otorgar la tenencia obligatoriamente a la madre. ¿Qué podría darle la madre que no pudiera darle el padre? (obviamente excluimos de

esta pregunta al sector de los menores que aún lactan y que evidentemente necesitan a la madre para ello<sup>5</sup>). Otra situación sería si efectivamente la madre tiene más tiempo que destinar para su hijo; esa sí sería bajo nuestro punto de vista una real razón para otorgarle la tenencia **y no solamente por la edad del menor.**

Posteriormente, el 16 de octubre del año 2018 se promulgó la Ley 29269 que añade al artículo anterior lo siguiente: “En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

Entendemos que esta precisión la realizó el legislador por la abundante casuística existente donde se apreciaba que por los dos hechos objetivos planteados en los acápites a) y b) del artículo bajo comentario se venía fijando la tenencia (es decir tomando en cuenta solo tiempo de convivencia del menor o edad del menor), sin considerar la posibilidad del posible perjuicio que sufriría el otro progenitor, en caso que quien quedara con la tenencia no cumpliera con el régimen de visitas dispuesto para el otro.

En relación al régimen de visitas, debe tenerse muy en claro que “la asignación de la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, no supone para el otro una sanción, ni constituye motivo de pérdida o supresión de la patria potestad, ya que el problema de la guarda ha debido resolverse forzosamente a favor de uno de ellos. Por ello, es natural que el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía, tenga derecho a visitarlos”<sup>6</sup>.

Con esta precisión, de alguna forma se refuerza el respeto al régimen de visitas acordado, otorgándole al juez una mayor discrecionalidad para poder decidir, más allá de situaciones objetivas. Podía por tanto asignar o variar la tenencia de un niño de 2 años al padre y no a la madre si tenía conocimiento de que la madre no permitía el contacto o no cumplía con el régimen de visitas impuesto al padre.

---

<sup>5</sup> En este punto, consideramos importante acotar que hoy en día, por la misma realidad y dinámica familiar, las mujeres mayoritariamente retornan a laborar luego de haber dado a luz y pasado el período de licencia y son muy pocas las que continúan con el proceso de lactancia, sustituyéndolo por la fórmula.

<sup>6</sup> PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex, *Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia*, Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2003.

### **III. LA FIGURA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ**

La institución de la tenencia compartida parte del deseo de que ambos padres puedan tener una relación de permanencia directa e inmediata con el menor.

La intención de esta figura no es otra más que la de salvaguardar el interés superior del niño y del adolescente, en el entendido de que si existen ambos padres que se encuentran presentes en la vida del menor, ambos deben participar activamente del cuidado presencial de sus menores hijos en igualdad de condiciones.

La primera modificatoria donde esta institución aparece regulada muy tímidamente fue en el año 2018 con la ya citada ley 29269 mediante la cual se varía el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, incluyendo la última parte (en cursiva y en negrita):

*Art. 81.- Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y del adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento, el Interés Superior del Niño o del Adolescente.*

Observamos que este primer avance por incorporar la figura de la tenencia compartida se hace pero de manera excepcional, pues la regla general es el otorgamiento de la tenencia a uno de los progenitores y régimen de visitas para el otro. Sin embargo, el juez puede, según lo que aprecie -si no hay acuerdo entre las partes o si el acuerdo resulta no beneficioso para el menor-, resolver por la tenencia compartida. Es pues un avance; podríamos adjetivarlo como: introductorio, tímido y cauteloso.

Posteriormente a esta modificatoria, 4 años después, se publica la ley 31590, norma que modifica el Código de los Niños y Adolescentes, en sus artículos 81 al

84; así, desde el 27 de octubre del 2022 se encuentran vigentes las siguientes normas:

Artículo 81. Tenencia compartida.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

Observamos que esta modificación cambia diametralmente el proceder que disponía la norma anterior, ya que convierte a la tenencia compartida en la regla general y más bien pasa al nivel de la excepcionalidad a la tenencia exclusiva en favor de uno de los dos progenitores.

Las motivaciones que tuvieron los legisladores para llegar a tal modificación se basaron fundamentalmente en la búsqueda del bienestar del menor, es decir, ante una situación de ruptura de la relación entre sus padres, se trata de que los menos perjudicados de dicha ruptura sean los hijos y ello, se lograría con la presencia constante de ambos padres (ciertamente ya no en el mismo momento, ni en el mismo domicilio), determinando reglas para que esta situación pueda darse.

Sobre esta motivación, el Dr. Javier Arrieta García señala que la tenencia compartida “se encuentra sustentada en la igualdad de derechos que debe existir entre ambos padres y, principalmente, en el Principio del Interés Superior del

Niño, toda vez que este tiene el derecho de disfrutar del amor y cuidado de sus dos progenitores”<sup>7</sup>.

Ahora bien, cabe mencionar que de la lectura del texto vigente del citado artículo 81 se desprende que el escenario ideal sería el de un acuerdo (fuera del juzgado) por parte de los padres, sobre el establecimiento de la tenencia compartida, pues en la medida de que ambos padres conversen y estén de acuerdo (y eso se evidenciaría a través de un convenio entre ambos y no de una imposición de tipo judicial), el sistema -definitivamente- tendrá más posibilidades de funcionar.

Resulta importante señalar que “estar de acuerdo” no solo implica que se solucione el tema de pasar tiempo con los menores sino que contribuye con toda la dinámica de la crianza de los hijos ya que “los padres con relaciones estresantes entre ellos están menos capacitados para abordar de manera eficaz los desafíos cotidianos que implica la crianza... sus conflictos despiertan en ellos rabia y frustración, y estos sentimientos los trasladan a la relación con los hijos”<sup>8</sup>. Por ello, siempre habrá que esforzarse porque los padres, solos, arriben a un acuerdo que satisfaga a ambos.

No obstante lo señalado anteriormente, la norma también se pone en el escenario de la falta de acuerdo y por ello brinda potestad al juez para que, evaluando los distintos indicadores y escuchando a los menores, pueda establecerla. Ello, ciertamente no es el ideal, pues empezar con una imposición que no satisfaga a ambos padres puede generar que la fórmula de la tenencia compartida no funcione y se tenga que variar por la tradicional tenencia exclusiva y régimen de visitas para el otro progenitor. Así, nos vamos alejando más de la motivación inicial de la modificatoria: disminuir o paliar el dolor de los menores que ocasiona la separación de los padres.

Otra norma que ha sido modificada es la consignada en el artículo 82, referida a la variación de la tenencia. Hasta antes de la modificatoria, el Código sólo consideraba que el juez podía variar la tenencia, de forma progresiva, con la

---

<sup>7</sup> ARRIETA GARCÍA, JAVIER. Artículo “Aplicación de la Tenencia Compartida”, Opinión obtenida de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2022-CR., Congreso de la República del Perú.

<sup>8</sup> CANTON-CORTES, David, CANTON DUARTE, José y RAMIREZ CASTILLO, Maria Aurelia, Artículo Antecedentes de las prácticas de crianza: El papel de los conflictos entre los padres”, en *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, España, 2014. Consultado en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=349851780028>

asesoría del equipo multidisciplinario, salvo que la integridad del menor esté en peligro; en ese caso, la variación se haría de inmediato. No consignaba razones específicas para dictaminar tal variación en el entendido que se regiría simplemente por considerar que dicha variación era necesaria en virtud al interés superior del niño.

La nueva norma introducida a través de la Ley 31590 señala lo siguiente:

**Artículo 82. Variación de la Tenencia.**

Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.

Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, (sic) haya realizado las siguientes conductas:

- a. Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.
- b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.
- c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.

En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño.

El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario que esta se efectúe en forma progresiva

de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.

Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Observamos que claramente el legislador se ha preocupado por precisar al detalle las causales<sup>9</sup> por las cuales podría generarse la variación de la tenencia, ello producto de la abundante casuística que se ha tenido a la vista y que ha determinado no caer en una simple generalidad que podría resultar un tanto gaseosa, para dar paso a casos concretos que ameritarían tal cambio.

En el primer caso, **“Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática”**, se trata de una reacción frente al llamado “Síndrome de Alineación Parental”, es decir “...la manipulación que hace uno de los padres sobre su menor hijo con el fin de que este tome una actitud de rechazo frente al otro progenitor”<sup>10</sup>.

Debemos mencionar que este Síndrome de Alineación Parental no es privativo de los progenitores, suele extenderse a otras personas cercanas como los abuelos quienes, al “ponerse de lado” de sus respectivos hijos, contribuyen a dañar la imagen que tienen los hijos de sus padres.

Como bien se sabe, en los procesos judiciales donde se ventila el otorgamiento de la tenencia, los magistrados suelen entrevistarse con los menores y, en algunas situaciones se hacen evidentes los casos de alienación parental. En una ocasión se escuchó comentar a una jueza de familia que al entrevistarse con un niño de 8 años, este señaló que no quería quedarse con su padre porque recordaba que “él nunca le había cambiado los pañales cuando era bebé”. Esta afirmación que en modo alguno puede tratarse de un conocimiento de parte del menor, quien de

---

<sup>9</sup> Cabe precisar que si bien el legislador ha establecido tres causales, éstas no excluyen a otras que el juez considere van en contra del Interés Superior del Menor y por tanto, decide por la variación.

<sup>10</sup> ARRIETA GARCÍA, JAVIER. Artículo “Aplicación de la Tenencia Compartida”, Opinión obtenida de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2022-CR, Congreso de la República del Perú.

bebé no podía darse cuenta quién le cambiaba o no los pañales, era plena evidencia del citado síndrome de alienación parental.

Estos casos se vuelven aun más dramáticos cuando los padres pretenden que el menor “tome partido” por uno de ellos, iniciándose toda una maratón de quejas respecto del otro padre y ello sumado a la manipulación a la que pueden estar expuestos los niños y adolescentes; ambas situaciones perjudiciales para el correcto desarrollo integral de los menores.

En el segundo y tercer caso que guardan estrecha relación: **“No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre y No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes”**, la intención de uno de los padres es la de boicotear de manera intencional la posibilidad de que exista una relación entre el otro padre y el hijo. El tema se agrava, inclusive cuando existiendo un régimen de visitas debidamente acordado o impuesto por el magistrado uno de los padres no lo respeta.

La jurisprudencia<sup>11</sup> está abarrotada de estos casos; situaciones donde el menor se convierte en una pieza de trofeo que es utilizada para “negociar”, “exigir” y hasta de, una suerte de cobrar venganza contra la pareja que pudo haber generado la separación. Para no caer en esta situación, y no perjudicar a los hijos, la pareja (que se considera ofendida) tendría que tener muy clara una premisa: **“Puede haber sido una pésima pareja pero eso no lo(la) descalifica como un(a) buen(a) padre/madre y, por tanto no puede negársele al menor el amor, cuidado y cariño de él/ella”**.

---

<sup>11</sup> Aquí citamos tres casos muy ejemplificativos obtenidos del Informe de la Comisión de Mujer y Justicia del Congreso de la República del Perú de fecha 12 de enero de 2022:

“Soy un padre de familia de 37 años separado desde más de 3 años, padre de tres hermosos niños, vengo luchando casi tres años para poder ver a mis pequeños; la mamá no me permite ni siquiera hablar con ellos por teléfono, las veces que fui a buscarlos sólo recibí maltratos, más de un año vengo peleando por un régimen que hasta el día de hoy sigo esperando respuesta...”

“Soy una papá de 34 años, tengo un hijo de 5 años próximo a cumplir 6 el próximo 4 de enero y será el segundo cumpleaños que no lo pasaré con él ni podré darle un abrazo, entregarle sus regalos y pasar tiempo de calidad con él...”

“Soy mujer, fue madre a los 18 años de una niña, a la que no negué tener un padre, a pesar de que me abandonó todo el embarazo y recién se hizo cargo a los 10 días de nacida, desde entonces siempre compartimos a la niña en todas las áreas. Siempre fui una madre presente, amorosa y dedicada...dos semanas antes de comenzar la pandemia hicimos una nueva acta de conciliación...se llevó a mi hijo por 2 semanas, hasta la fecha no me la quiere regresar y han ejercido, él, su pareja y toda su familia una fuerte y gran alienación parental...”

El rencor y la venganza son pésimos consejeros y más aun si por ellos, se termina perjudicando a quien más se debe más proteger de una situación ya muy penosa y perjudicial como lo es la separación de los padres.

Consideramos que, haber precisado estas tres situaciones de manera expresa y no general (como estaba en el texto modificado) permitirá que no se cometan abusos en contra de alguno de los padres utilizando al menor como un mero instrumento de negociación y, vulnerando de manera inaceptable, sus derechos.

Finalmente, otra norma importante que comentar en relación a la modificación introducida por la ley 31590 es la relativa al artículo 84 que regula las facultades del juez al otorgar la tenencia compartida. La norma señala a la letra lo siguiente:

Artículo 84. Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida

En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores;
- f. Las fechas importantes en la vida del menor; y
- g. La edad y opinión del hijo.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas. La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo.

La modificatoria establece reglas muy claras que el juez tendrá que aplicar en cada caso concreto para que la fórmula de la tenencia compartida cumpla con su cometido. Pero, nos preguntamos, ¿la sola aplicación de estas reglas garantizará un buen resultado?

A continuación, analizaremos las ventajas y, sobre todo las desventajas que podrían generarse de esta novel figura en nuestra legislación.

#### **IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA TENENCIA COMPARTIDA**

En este punto trataremos sobre las ventajas y desventajas de la figura de la tenencia compartida.

En relación a las ventajas, consideramos que cae de madura la respuesta: El bienestar que puede generar en el menor mitigar las consecuencias de la separación de los padres. El tratar de no variar o variar en lo más mínimo ese “mundo” donde vivía el menor. Si existen en la vida del menor ambos padres, entonces, la existencia permanente de ambos podría ayudar -si se maneja adecuadamente- a obtener una respuesta positiva en su vida.

Sin embargo, todo tiene dos caras de la moneda y la tenencia compartida no resulta ser una excepción.

Como ya hemos mencionado anteriormente, todo esta problemática gira en torno al Principio del Interés Superior del Niño, es decir a aquel “desarrollo integral del niño y del adolescente en el seno de una familia que reúna las 3 características: amor, comprensión, felicidad, pudiendo también interpretarse como darle bienestar”<sup>12</sup> En ese sentido, partimos del hecho de que la clave de todo es la búsqueda del bienestar del menor. Y en este punto debemos nuevamente

---

<sup>12</sup> CHUNGA LA MONJA, Fermin, *Derecho de Menores*, Editorial Grijley, Lima, 2001.

preguntarnos, ¿es la tenencia compartida la mejor de las soluciones para llegar a ese bienestar tan ansiado?.

Los padres exigen la aplicación de la tenencia compartida en el entendido que tienen derecho a convivir con sus hijos en las mismas condiciones, en virtud al principio de igualdad de derechos. Sin embargo, no se detienen a evaluar si la aplicación de esta modalidad puede funcionar en su casa. Al respecto bien señala el Doctor Benjamin Aguilar Llanos... “hay que tener en cuenta que no va ser fácil aplicar en nuestro país este régimen, debido a que la situación en que se encuentran los padres generalmente son muy diferentes, en todo orden de cosas, partiendo de la situación económica, en que se encuentran, en la que uno de ellos puede tener las comodidades del caso, mientras que el otro no goza de estas posibilidades...”<sup>13</sup>

Es así que consideramos que la concesión de la Tenencia Compartida, en estricto podría generar una serie de complicaciones:

- a) Si la semana tiene 7 días, el menor tendría que estar con cada padre 3.5 día por semana. Esto, que pudiera parecer justo, a simple vista, podría traer el siguiente problema: Consideremos por un momento que los padres viven en distintos distritos, separados por varios kilómetros de distancia. Se tendría al menor yendo y viniendo todas las semanas, 3.5 días, de un lugar para el otro, llevando libros, cuadernos, ropa, etc, que necesitará mientras esté en uno u otro sitio. ¿Esto resulta positivo?

Parecería quizá más aceptable que del mes que tiene 30 días, 15 esté con un padre y 15 con el otro o, si deseamos extenderlo un poco más, podría pactarse un mes con uno y un mes con otro o periodos de seis meses con cada uno. Quizá estas fórmulas sean más adecuadas para no tener el menor como una suerte de ping pong entre las casas de sus padres.

---

<sup>13</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamin, La tenencia como atributo de la Patria Potestad y la Tenencia Compartida. Revista Derecho y Sociedad No. 32, editada por la Asociación Civil Derecho & Sociedad Año Consultada en :  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>

- b) Respecto a las reglas de conducta. Esto también es importante. Si el menor se encuentra constantemente sometido a diferentes reglas de conducta en una u otra casa, la pregunta a realizarse es: ¿cómo incide ello en su desarrollo?. Por ejemplo, si mientras el menor esté con un padre, este le permite quedarse despierto hasta las 11 de la noche y el otro progenitor solo hasta las 8 de la noche. ¿No se generará una distorsión en el menor quien no sabrá cómo debe comportarse y ello podría afectar su conducta?

Incluso muchas veces para “ganarse” el cariño del menor en detrimento del otro padre, utilizan un sistema permisivo. Si no existe una adecuada comunicación y acuerdos entre los padres en relación a las normas de conducta, el tan ansiado bienestar del menor será imposible de lograr.

Recordemos que existen muchas formas de crianza: autoritario, democrático, permisivo, entre otros. En relación a la importancia del tipo de crianza que se imparte en los menores, la Dras. María Fernanda Márquez Silva y Liseth Camila Sánchez Rico concluyen luego de una profunda investigación que “los patrones de crianza tienen una influencia notoria en cómo (el menor) se conoce y se interactúa con el ambiente y las personas, debido a que desde este primer grupo social se empieza a conocer el mundo y cómo según lo impartido en el hogar es la manera correcta de interactuar con sus pares”<sup>14</sup>.

- c) Otro aspecto a considerar es si uno de los progenitores ha estado ausente de la vida del menor y llegado el momento, exige una tenencia compartida. ¿Exponer al menor a la figura de una persona que ni siquiera conoce o no ha visto en mucho tiempo no podría generar al menor problemas psicológicos? ¿El menor está preparado a convivir con un total extraño?

---

<sup>14</sup> MÁRQUEZ SILVA, María Fernanda y SANCHEZ RICO, Liseth Camila, *Influencia de la Crianza en Relaciones de Pareja*, Tesis de Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2020. Consultado en: [https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12424/2020\\_Tesis\\_Maria\\_Fernanda\\_Marquez.pdf?sequence=1](https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12424/2020_Tesis_Maria_Fernanda_Marquez.pdf?sequence=1)

No descartamos que el menor inicie un vínculo con el padre que ha estado ausente pero consideramos que imponerle una presencia intensa, no sería la mejor estrategia; estimamos que en estos casos, la interacción gradual sería lo más pertinente y quizá con una adecuada orientación por parte de algún psicólogo.

- d) Respecto al tema económico. Los alimentos que un padre estaba acostumbrado a pasar al otro para mantener a los hijos, tendrán que variar, teniendo en cuenta que el menor pasará igual tiempo con los dos, por lo que los alimentos se tendrían que reducir también a la mitad. Probablemente esto no sea del agrado de quien ya venía recibiendo una pensión y sobre ella habría elaborado todo un presupuesto. Pero si se exige justicia e igualdad, entonces ambas deben aplicarse en todos los supuestos y el tema económico no puede ser la excepción.

Es por ello que el papel del Juez es fundamental; no se trata de aplicar la norma de manera mecánica para todas las situaciones. El magistrado, con la ayuda del equipo multidisciplinario, tendrá que evaluar caso por caso, el entorno que circunda la vida de los menores y decidir aplicar la tenencia compartida pero con reglas claras que cumplir por los padres y con la advertencia de que en caso exista incumplimiento de dichas reglas, se procederá a variar el régimen. Es, ciertamente, una responsabilidad muy delicada la que tienen los jueces pues con su decisión pueden afectar el desarrollo de los menores.

## **V. PRINCIPALES CONCLUSIONES**

1. La normatividad peruana ha presentado un avance respecto al tema de la regulación de la tenencia compartida, cambiando diametralmente el proceder al considerar su aplicación en primer orden y, como excepción, el otorgamiento de la tenencia exclusiva.
2. El legislador, atendiendo a la abundante casuística, ha buscado precisar de manera expresa las causales de variación de la tenencia compartida a fin de garantizar que no se caiga en el “síndrome de alienación parental” y se respeten

los acuerdos establecidos para evitar que de manera injustificada una de las partes busque evitar la relación del menor con el otro progenitor.

3. La existencia de un acuerdo (fuera del ámbito judicial) por parte de ambos padres, se constituye en el escenario ideal para que la figura de la tenencia compartida prospere.

4. A falta del acuerdo, es el Magistrado quien deberá, con ayuda del equipo disciplinario determinar la tenencia compartida pero, estableciendo reglas adecuadas según las variables que circunden la situación de cada menor. La aplicación no puede darse de manera mecánica.

5. No siempre la tenencia compartida logrará alcanzar el bienestar del menor. En algunos casos, la tenencia de uno de los padres llevada conjuntamente con un adecuado régimen de visitas, resulta ser lo más adecuado para el niño y el adolescente.

Sólo el tiempo nos dirá qué tan eficiente y eficaz ha resultado esta modificatoria y, si tenemos que retroceder para no perder el norte que siempre debe ser alcanzar “el interés superior del niño”, tendremos que impulsar y apoyar este retroceso pues, como reza el dicho “es de sabios, cambiar de opinión”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2009) La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia Compartida, Revista Derecho & Sociedad, Editada por la Asociación Civil Derecho & Sociedad Conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XX, n° 32. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>.

CANTON-CORTES, David, CANTON DUARTE, José y RAMIREZ CASTILLO, Maria Aurelia (2014) Artículo Antecedentes de las prácticas de crianza: El papel de los conflictos entre los padres”, en International Journal of Developmental and Educational Psychology, España. Consultado en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=349851780028>.

CHUNGA LA MONJA, Fermin (2001), Derecho de Menores, Editorial Grijley, Lima.

MÁRQUEZ SILVA, María Fernanda y SANCHEZ RICO, Liseth Camila (2020) *Influencia de la Crianza en Relaciones de Pareja*, Tesis de Universidad Autónoma de Bucaramanga. Colombia. Consultado en: [https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12424/2020\\_Tesis\\_Maria\\_Fernanda\\_Marquez.pdf?sequence=1](https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12424/2020_Tesis_Maria_Fernanda_Marquez.pdf?sequence=1).

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2003) Filiación y Patria Potestad, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2020). Tratado de Derecho de Familia (Tomo III), Instituto Pacífico Editores, Lima.

Otros documentos:

- Código Civil del Perú (Año 1984).
- Código de los Niños y Adolescentes del Perú (Año 2000).
- Dictamen de proyectos de ley de tenencia compartida Nos.1096 y 1120, del Congreso de la República del Perú. Consultado en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTYwMzY=/pdf/DIC%201096%20Y%20OTRO>.

## CAPÍTULO VII

### **El criterio de la minoridad en la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial. Una visión desde el Derecho español\***

*Romina Santillán Santa Cruz*

*Universidad de Zaragoza (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. EL ART. 96 CC TRAS LA LEY 8/2021: CONTENIDO Y ALCANCE. III. LA MENOR EDAD DE LOS HIJOS COMUNES COMO CRITERIO LEGAL DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. IV. MINORIDAD Y VULNERABILIDAD EN LA *RATIO LEGIS* DEL ART. 96 CC. 1. Aproximación al concepto de vulnerabilidad. 2. La razón de ser de la atribución del art. 96 CC: asegurar una vivienda adecuada al sujeto vulnerable. 3. El menor de edad como sujeto vulnerable digno de protección mediante la atribución del uso de la vivienda familiar. V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA STS 695/2011, DE 10 OCTUBRE, COMO FUNDAMENTO PARA ATRIBUIR EL USO DE UNA VIVIENDA “NO FAMILIAR”. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CITADA.**

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Referencia de Investigación del Gobierno de Aragón “Ius Familiae”, IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: “Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos”, IIPP. M.<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo y Sofia de Salas Murillo; y, del Proyecto de Investigación de la Fundación Ibercaja-Universidad de Zaragoza (JIUZ-2021-SOC-10): “Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital”, IP. Javier Martínez Calvo.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El art. 96 CC, referido a la atribución del uso de la vivienda familiar como medida definitiva que procede tras la crisis matrimonial, y que fuera introducido en el Código civil español a través de la Ley 30/1981<sup>1</sup>, de 7 de julio<sup>2</sup>, ha sufrido sus primeras modificaciones con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual se produjo, concretamente, el 3 de septiembre de 2021.

La versión actual del art. 96 CC, que es mucho más extensa si la comparamos con la anterior, dispone de tres incisos. En estos, como vamos a ver más adelante, el precepto modificado precisa una serie de cuestiones que en la redacción derogada no terminaban de quedar claras, aunque no deja de resultar llamativo que el legislador haya esperado a la reforma general en materia de discapacidad (temática de la que también se ocupa actualmente el artículo en cuestión) para insertar cambios que, desde hacía tiempo —y que podrían haberse incorporado con ocasión de otras reformas parciales<sup>3</sup>—, eran necesarios en orden a la correcta determinación de uno de los efectos de la nulidad, separación y divorcio: la atribución del uso de la vivienda familiar.

De acuerdo con ello, en la nueva redacción del art. 96 CC, los criterios legales que la autoridad judicial deberá tener en consideración para la atribución del derecho

---

<sup>1</sup> Denominación completa: Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>2</sup> Cabe precisar que, antes de esa primera regulación de la medida en cuestión, que trajo consigo la citada Ley 30/1981, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar (entiéndase, con ocasión de la crisis matrimonial) estuvo regida por el criterio general de la titularidad del bien. No obstante, es preciso tener presente que, en forma previa, la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil, llegó a introducir en el art. 68.2<sup>a</sup> CC la atribución del uso de la vivienda familiar dentro del conjunto de las medidas provisionales. Y aun cuando, en ese momento, tal atribución no formara parte de las medidas definitivas y solo se refiriera a la “vivienda común” (y no estrictamente a la que hoy conocemos como “vivienda familiar”) —y que, pese a las controversias surgidas en torno a la misma, fue como se mantuvo hasta la reforma de 1981—, según se puede advertir del Preámbulo de la Ley de 1958, su objeto era claramente protector, pues buscaba asegurar seriamente los derechos y los legítimos intereses de los cónyuges, y de forma singular los de la mujer, pero siempre con las miras puestas en los hijos, que son los que “encarnan el más estimable bien que debe salvarse cuando la familia hace crisis en su base matrimonial”.

<sup>3</sup> Como la producida con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que, entre otras medidas, introdujo la modalidad compartida de la guarda.

de uso de la vivienda familiar son los siguientes: el interés de los hijos comunes menores de edad, el interés de los hijos comunes mayores de edad en situación de discapacidad y el interés del cónyuge más necesitado de protección<sup>4</sup>.

Tales criterios tienen como objeto último velar por el interés familiar más necesitado de protección en función del caso de que se trate. Y, como bien se puede advertir, todos ellos tienen como tópico implícito o transversal a la situación de vulnerabilidad o debilidad en que se halla materialmente el sujeto o sujetos con necesidad habitacional; situación de vulnerabilidad que procedería, precisamente, de la minoridad de los hijos comunes, de la discapacidad del hijo común mayor de edad o de la superior necesidad de protección del cónyuge que reclama el uso de la vivienda (ya sea por falta de recursos económicos o por presentar una discapacidad), que concurre conjuntamente con una circunstancia fáctica y objetiva de necesidad como es la necesidad de vivienda. Siendo que, en este trabajo, se pretende poner el foco de atención en el referido criterio de la minoridad, destacando siempre la relación directa que existe entre minoría de edad y vulnerabilidad.

Pero la anterior constituye solo una primera arista en este planteamiento. Si nos centramos en la vivienda familiar en sí misma, vamos a ver que la vivienda familiar suele ser definida como el domicilio que alberga (o albergó) habitualmente a la familia —razón por la cual incluso suele ser denominada como vivienda habitual—, pero también es verdad que no necesariamente toda vivienda encaja en la noción técnica de “familiar” y que, pese a no encuadrar en tal concepto, podría ser igualmente útil a los fines de constituir una vivienda adecuada para satisfacer el derecho de habitación de quien o quienes la necesitan, esto es, del sujeto o sujetos que califiquen como vulnerables en cada caso concreto. Pero la visión más asentada no es esta. Como es sabido, las reglas del art. 96 CC limitan la atribución del uso de una vivienda a aquella que específicamente constituyó el domicilio familiar; algo también respaldado por la

---

<sup>4</sup> Así también lo advierte CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AAVV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 36.

jurisprudencia del Tribunal Supremo [*vid.*, por todas, Ss.TS 598/2019, de 7 noviembre (RJ 2019, 4630), y 726/2013, de 19 noviembre (RJ 2013, 7447)].

El fundamento para defender lo contrario a lo taxativo solo podría tener cabida si nos centramos en el sentido teleológico del art. 96 CC: asegurar una vivienda adecuada a los hijos dependientes (menores o en situación de discapacidad) o al cónyuge más necesitado de protección. Lo cual debería proceder con independencia del carácter “familiar” de la vivienda si atendemos al estado objetivo de necesidad habitacional —y en el caso de los hijos menores de edad, si atendemos, además, a su prevalente interés—. Y en relación con los hijos menores de edad, a propósito de la protección de su interés superior, existe ya un antecedente para defender la mencionada postura en la STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839). Constituyendo este, por consiguiente, otro motivo para interpretar el art. 96 CC en clave de vulnerabilidad —una expresión que, como vamos a ver más adelante, aun sin ser estrictamente jurídica, cada vez va ocupando más terreno en la esfera del Derecho, y concretamente, para cuanto aquí interesa, en la del Derecho español<sup>5</sup>—, esta vez, a los efectos de argumentar en favor de la atribución (entiéndase, excepcional) del derecho de uso de una vivienda “no familiar”.

Debido a la extensión de la temática, en esta oportunidad, este trabajo solo va a detenerse en el estudio del primer criterio arriba mencionado, es decir, el relativo al interés de los hijos comunes menores de edad, en relación con el cual la reforma de 2021 introduce matices y precisiones interesantes, pero no exentas de debate jurídico. Ello, sin perjuicio de ofrecer al lector un apartado inicial que aborde, con perspectiva general, el contenido y alcance del art. 96 CC para conducirlo con mayor comodidad en el desarrollo del asunto.

---

<sup>5</sup> Así, véase, por ejemplo, la reciente Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que recoge la figura de la “persona consumidora vulnerable”. No obstante, con anterioridad a esta Ley, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, en sus arts. 9 y 16, respectivamente, ya habían perfilado (en su conjunto) los requisitos que el consumidor debía reunir para calificar como “persona en situación de vulnerabilidad económica” al objeto de que le fuera concedido el derecho a la moratoria hipotecaria.

## **II. EL ART. 96 CC TRAS LA LEY 8/2021: CONTENIDO Y ALCANCE**

Como se anotó en las líneas introductorias, la versión actual del art. 96 CC, que procede de la Ley 8/2021, consta de tres incisos. En este apartado veremos, desde una perspectiva general —que en ningún caso pretende ser exhaustiva—, el contenido y alcance de cada uno de tales incisos.

En su inciso 1 el art. 96 CC empieza señalando que, ante la ausencia de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial<sup>6</sup>, tanto el uso de la vivienda familiar como de los objetos de uso ordinario incluidos en ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Como puede verse, el actual art. 96 CC dice “hijos comunes”, cumpliendo así con aclarar algo que venía siendo materia de debate por parte de la doctrina y la jurisprudencia, debido a que la anterior redacción se limitaba a señalar el concepto “hijos”<sup>7</sup>. Del mismo modo, cumple con fijar expresamente que el plazo final de la atribución del uso de la vivienda es, en el supuesto mencionado, la mayoría de edad de los hijos comunes; esto como regla general, porque inmediatamente la norma introduce una

---

<sup>6</sup> Por aplicación del canon sistemático de la interpretación, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los términos expresados por el art. 96 CC no solo corresponderá al juez cuando los cónyuges no hubiesen alcanzado un acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar, sino también cuando habiendo un acuerdo de los cónyuges, este no fuese aprobado por la autoridad judicial (confróntese el art. 96.1 CC con el art. 91 CC, cuando dice: “[...] la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo determinará [...] las medidas [...]”). Así las cosas, la no aprobación judicial del acuerdo adoptado por los cónyuges sería reconducida al supuesto normativo contemplado en el art. 96.1 o 96.2 CC, según sea el caso. Pues, como bien dice TENA PIAZUELO, Isaac, “Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales”, en AAVV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dirs. MAYOR DEL HOYO, María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofía), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 106, “no es descabellado pensar que pueda considerarse inaceptable el acuerdo de encomendar el uso de la vivienda al consorte que de manera evidente tenga menos necesidad de ella, o que resulte manifiestamente menos vulnerable que el otro”, y que, por razón de esto, el acuerdo fuera finalmente rechazado por la autoridad judicial, abriendo paso igualmente a la aplicación del art. 96 CC. Así también lo entiende MARTÍNEZ CALVO, Javier, “La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar y su incidencia en las relaciones económicas entre los excónyuges en el marco de la normativa nacional y autonómica”, en AAVV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (coord. FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio y GAGO SIMARRO, Clara; dir. SANCIÑENA ASURMENDI, Camino), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 406.

<sup>7</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Comentarios al Artículo 1438”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), 3<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 219-221.

excepción vinculada con la presencia de una situación de discapacidad padecida por cualquiera de los hijos comunes.

Sobre la excepción aplicable al plazo de la mayoría de edad, el art. 96.1.I CC *in fine* concretamente señala lo siguiente: “Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes”. Se deja así a discreción de la autoridad judicial la fijación del plazo de duración para la continuación del derecho de uso de la vivienda familiar, debiendo atenderse a tal efecto a las circunstancias fácticas que concurren en cada caso concreto. Además, como prosigue la norma, si al tiempo de la nulidad, separación o divorcio, los hijos comunes mayores de edad (o, cuando menos, alguno de estos) estuvieren en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, este supuesto desplegará los mismos efectos que, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda, se aplican a los hijos menores (art. 96.1.II CC).

Por otra parte, y continuando con el inciso 1 del precepto bajo comentario, se ha previsto que, extinguido el plazo en un supuesto típico de atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos comunes menores de edad, es decir, una vez que estos hayan alcanzado la mayoría de edad, las necesidades de vivienda de los hijos ya mayores que carecieran de independencia económica deberán ser atendidas según lo previsto en el Título VI del Libro Primero del Código civil, relativo a los alimentos entre parientes (cfr. arts. 142 CC y ss.). Con lo cual, el art. 96.1.III CC viene a aclarar que los hijos mayores de edad económicamente dependientes no son destinatarios de la protección que se pretende dispensar con el uso de la vivienda familiar. El precepto protege únicamente el interés de los hijos menores de edad (art. 96.1.I CC), y, vía equiparación, el de los mayores solo cuando estuviesen en situación de discapacidad (art. 96.1.II CC). La protección, en este último caso, se da por la presencia del elemento discapacitante, pero no por la mayor edad.

El art. 96.1 CC, en su párrafo cuarto, termina previendo que cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro,

es la autoridad judicial la que tendrá que resolver lo procedente. Este supuesto se refiere al caso en que cada cónyuge asume la guarda y custodia de algunos hijos, en cuyo escenario se deja al arbitrio del juez la decisión de determinar lo más conveniente, se entiende, en función de las circunstancias que rodeen a la familia. Esto ya aparecía contemplado en la redacción anterior del art. 96 CC, por lo que este extracto de la norma solo habría sido modificado para sustituir la dicción “juez” por la de “autoridad judicial”. De otra parte, parece oportuno precisar que este supuesto no sería tanto una previsión de la custodia compartida, como alguna voz de la doctrina sostiene<sup>8</sup>, sino que antes bien se trataría de “una excepción a la regla de que el progenitor que tenga la guarda tiene también el uso de la vivienda familiar, para el caso de que sean ambos esposos quienes se ocupen de alguno de los hijos: es decir, cuando la guarda de varios hijos haya sido distribuida entre los padres”<sup>9</sup>. Cosa distinta es que el juez, apelando a la pauta de “mayor identidad de razón”, decida aplicar las reglas del comentado supuesto a uno de custodia compartida cuando advierta una dificultad de asignación del modelo “casa nido”<sup>10</sup>.

El inciso 2 del art. 96 CC contempla el supuesto de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar (como del ajuar doméstico) en favor del cónyuge más necesitado de protección ante la inexistencia de hijos comunes, no habiendo sufrido el mismo cambios sustanciales, sino solo de sintaxis. Su estricto tenor literal recoge que: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. Como puede verse, la necesidad de la vivienda es un elemento condicionante para la atribución del uso de la misma a uno de los cónyuges y el supuesto de atribución solo podrá operar cuando no haya

---

<sup>8</sup> Vid. GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, “A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar”, *Diario La Ley*, nº 9990, 2022.

<sup>9</sup> TENA PIAZUELO, Isaac, “Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad...”, cit., p. 104 nota 28.

<sup>10</sup> Vid. STS 870/2021, de 20 diciembre (RJ 2022, 259). En este caso, “se atribuye a la madre e hija el uso de la vivienda litigiosa, en consideración de la precaria situación económica de la recurrente, que se trata de una vivienda de naturaleza ganancial, en la que venía conviviendo madre e hija menor. No obstante, se fija el límite temporal de los dos años, solicitado en el recurso, a contar desde la fecha de esta sentencia, que coincidirá además con la mayoría de edad de la menor (art. 96.1 CC)”.

hijos dependientes (sean menores o discapacitados), pues, de haberlos, el interés de los progenitores quedaría automáticamente desplazado. En definitiva, el art. 96.2 CC pone énfasis en el carácter eventual y temporal del derecho del cónyuge más necesitado de protección a usar la vivienda familiar, toda vez que solo podrá usarla si no se dan los otros supuestos y “por el tiempo que prudencialmente se fije”.

En su tercer y último inciso el art. 96 CC no se refiere propiamente a un supuesto de atribución de la vivienda familiar. Recoge, más bien, un conjunto de medidas para garantizar la protección del derecho de uso del cónyuge a quien se hubiese adjudicado la vivienda familiar. Así, como primera medida (la que ya figuraba en la anterior redacción del precepto), el art. 96.3 CC prevé que: “Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial”. Sin embargo, la protección que intenta dispensarse al cónyuge usuario de la vivienda con esta disposición —al poder actuar conforme al art. 1322 CC en caso de contravención de la regla de disposición conjunta del art. 96.3 CC<sup>11</sup>— queda relativizada frente a la que el art. 34 de la Ley Hipotecaria otorga al “tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso” (pero ya no solo en relación con este, como luego vamos a ver), pues, como es menester recordar, los actos dispositivos que efectúe onerosamente el cónyuge titular de la vivienda al margen de la exigencia del art. 96.3 CC desplegarían la eficacia claudicante propia de los actos anulables (art. 1322.I CC)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> La regla de disposición conjunta —de la vivienda familiar cuyo uso ya ha sido atribuido al cónyuge más necesitado de protección—, contenida en el art. 96.3 CC, es semejante a la prevista en el art. 1320.I CC, que, para la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia en un marco de normalidad conyugal (entiéndase, cuando no han sido atribuidos en uso a uno de los cónyuges), aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, requiere el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Sobre la finalidad del sistema de disposición conjunta que establece el art. 1320.I CC y las sanciones aplicables cuando el mismo es contravenido, *vid.* SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, *Disposición de bienes en la sociedad de gananciales*, Palestra, Lima, 2020, pp. 209-210.

<sup>12</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Comentario al art. 96 CC”, en AAVV.: *Código civil comentado* (dirs. CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), vol. I (arts. 1-609 CC), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 540-541.

Como otra medida (y que, a diferencia de la anterior, no aparecía en la redacción del art. 96 CC), el mismo precepto mencionado establece ahora en su apartado tercero que: “Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”. El acceso al Registro de la Propiedad de tal restricción a las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar, es verdad que intenta reforzar la protección del derecho del cónyuge usuario de la vivienda (ya sea con una anotación preventiva o una inscripción) frente a la posibilidad descrita en el párrafo anterior. De hecho, la STS 310/2004, de 22 abril (RJ 2004, 2713), ya había advertido que el derecho de uso era un derecho oponible a terceros y, como tal, susceptible de acceso al Registro de la Propiedad. No obstante, como puede verse de la última parte de la disposición aquí transcrita, esta termina por reconducir cualquier posible conflicto con la disposición de la vivienda (por manifestación errónea o falsa del disponente sobre su uso) a una consecuencia semejante a la contemplada en el art. 34 LH (para los terceros adquirentes de buena fe), de modo que los derechos del adquirente de buena fe (en el art. 96.3 CC, que no dice “tercero”<sup>13</sup>) quedarán protegidos frente a los derechos del cónyuge usuario de la vivienda<sup>14</sup>. En este supuesto, los derechos del adquirente de buena fe, como dice textualmente el art. 96.3 CC (reiterando la frase contenida en el art. 1320.II CC), no se perjudicarán.

---

<sup>13</sup> Toda vez que el actual art. 96.3 CC recoge las reglas del art. 1320 CC sobre manifestación errónea o falsa del disponente, aplican aquí las reflexiones que MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en AAVV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos), 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, p. 241, hace en relación con el último precepto aquí citado: “La norma protege al adquirente de buena fe, que no es el tercero hipotecario del art. 34 LH.: para que actúe la protección prevista en el art. 1.320.II Cc. no es preciso que el derecho del tercero haya accedido al registro, ni tampoco, en realidad, que la vivienda haya sido inmatriculada. La buena fe existe cuando el adquirente ignora, sin negligencia, que el inmueble que ha adquirido estaba destinado a vivienda familiar: si conoció, o debió conocer poniendo una diligencia normal, el uso familiar de esa vivienda, entonces no hay buena fe”.

<sup>14</sup> Para consultar más sobre el tema, *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio y GAGO SIMARRO, Clara, “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 788, 2021, pp. 3369-3441.

### **III. LA MENOR EDAD DE LOS HIJOS COMUNES COMO CRITERIO LEGAL DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

Como acabamos de ver, con la nueva redacción del art. 96 CC, los criterios legales de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar que la autoridad judicial ha de tener en consideración son tres: el interés de los hijos comunes menores de edad, el interés de los hijos comunes en situación de discapacidad y el interés del cónyuge más necesitado de protección. Siendo que, en este trabajo, como antes se adelantó, solo voy a detenerme en el criterio de la minoridad.

Del art. 96.1.I CC se deduce que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, lo primero que debe hacer el juez es verificar si existen hijos comunes menores de edad. De darse este caso, la atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que en esta hubiere, corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden. Pero, como cabe aclarar, en este supuesto el derecho del cónyuge a usar la vivienda familiar solo obedece al hecho de tener en su compañía a tales menores.

El objeto de la norma es, en línea de principio, salvaguardar el interés superior de los hijos menores a permanecer en la vivienda familiar —pero no de cualesquiera hijos menores, como bien se puede haber advertido y sobre lo que volveré a continuación—. De modo que, la atribución de la vivienda al cónyuge custodio solo se dará como consecuencia de haberse determinado que los hijos menores queden bajo su exclusivo cuidado (operando, así mismo, esta determinación como presupuesto de tal atribución).

En relación con la minoridad como criterio de atribución del art. 96 CC, cabe destacar varias cuestiones. La primera tiene que ver con que la norma solo se refiere a los “hijos comunes menores de edad”, de modo que, si hay menores de edad, pero estos son solo hijos de uno de los cónyuges y no de ambos, no sería esta circunstancia una a tener en cuenta para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en este caso concreto. Se entiende que la expresa referencia normativa a los “hijos comunes menores de edad” debe interpretarse en sentido literal y restrictivo, siendo inviable que dé cabida a otros supuestos relativos a

hijos menores de edad a efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. En otras palabras, como puede concluirse, los hijos menores de edad no comunes no estarán protegidos mediante la atribución del uso de la vivienda familiar.

Como segunda cuestión se tiene que, “el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden”. De esto se advierte que la protección que pretende dispensarse a los hijos comunes menores de edad con la atribución del uso de la vivienda familiar no es inmediata, sino que previamente deberá haberse establecido la custodia individual o exclusiva del hijo común menor de edad respecto de uno de los progenitores. Entonces, esta custodia individual o exclusiva se constituye en presupuesto para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos comunes menores de edad. Si hay hijos comunes menores de edad, pero no custodia individual sino compartida, entonces ya no se da el presupuesto, y si no se da el presupuesto, pierde contenido el criterio de atribución atinente a “los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden”.

En caso de que hubiese varios hijos comunes y fueran repartidos entre los cónyuges, de modo que algunos menores quedasen en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro —supuesto al que cabría denominar como el de la “custodia repartida”—, el art. 96.1.IV CC se ha limitado a señalar que la autoridad judicial resolverá lo procedente. Pero debe entenderse que, “[l]o procedente es aquí lo que el juez considere más conveniente, teniendo en cuenta las circunstancias de ambos cónyuges (arg. ex art. 96.2 y 103.2 CC), así como el interés familiar más necesitado de protección (arg. ex art. 103.2 CC)”<sup>15</sup>.

Algo que no contempla el art. 96 CC, aun pese a la reforma operada por la Ley 8/2021, es el caso de la custodia compartida<sup>16</sup>. Cuando se acuerda o se fija judicialmente una custodia compartida los hijos quedan en la compañía alterna

---

<sup>15</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AAVV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos), 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, p. 213.

<sup>16</sup> Como bien observa CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “La atribución del derecho de uso...”, cit., p. 38, resulta patente que “el precepto está pensado únicamente para el caso de una custodia monoparental (... al cónyuge en cuya compañía queden), por lo que carece de utilidad en los supuestos, cada vez más numerosos, en los que se concede un régimen de custodia compartida para ordenar las relaciones de los hijos con sus progenitores”.

de ambos cónyuges, no pudiendo, por tanto, tomarse en cuenta la circunstancia de la convivencia para atribuir la vivienda familiar. Según el Tribunal Supremo, en un supuesto como este habría que aplicar vía analogía el art. 96.1.IV CC, debiendo el juez resolver “lo procedente” ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, pero siempre en armonía con el interés más necesitado de protección y con el interés prevalente del menor, que son los que hacen posible compaginar los periodos rotatorios de estancia de los hijos menores con sus dos progenitores [*vid.* Ss.TS 215/2016, de 6 abril (RJ 2016, 1321); 95/2018, de 20 febrero (RJ 2018, 573); y, 558/2020, de 26 octubre (RJ 2020, 4165)].

Para cerrar este apartado, cabe hacer referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad en las uniones de hecho. Al respecto, véase que, aunque la jurisprudencia ha terminado inclinándose su postura en contra de la aplicación analógica del (actual) art. 96.2 CC a las uniones de hecho, de modo que, a falta de hijos comunes menores de edad, no será posible atribuir el uso de la vivienda familiar al conviviente más necesitado de protección<sup>17</sup>; de acuerdo con sus propios razonamientos, sí que aplica analógicamente en las uniones de hecho el (actual) art. 96.1.I CC, toda vez que, por mandato constitucional, el trato de los hijos menores de edad, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, estará regido por el principio de igualdad ante la ley con independencia de la filiación (arts. 14 y 39.2 CE). De manera que, “procederá la atribución (...) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el [que aquellos] convivan, mientras persista su minoría de edad”<sup>18</sup>, porque lo que aquí importa no es la posición de los hijos en relación con la situación de los padres, sino la protección del interés del menor<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> *Vid.* Ss.TS 240/2008, de 27 marzo (RJ 2008, 4062), y 690/2011, de 6 octubre (RJ 2011, 6708).

<sup>18</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho”, en AAVV.: *Las uniones de hecho* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 81.

<sup>19</sup> *Vid.* STS 221/2011, de 1 abril (RJ 2011, 3139). De esta cabe destacar, particularmente, lo siguiente: “[La] protección del interés del menor: es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; [...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

#### IV. MINORIDAD Y VULNERABILIDAD EN LA *RATIO LEGIS* DEL ART. 96 CC

##### 1. Aproximación al concepto de vulnerabilidad

La necesidad de esta aproximación al concepto en cuestión se justifica en el hecho de que, como se ha apuntado con anterioridad, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, como medida que se establece tras la crisis matrimonial, descansaría en la idea de vulnerabilidad. Los distintos criterios de atribución de la vivienda familiar tienen como tópico común (o transversal) la situación de vulnerabilidad en que se halla materialmente el sujeto o sujetos con necesidad habitacional. Y, aun cuando de estas primeras líneas ya es posible inferir a qué se quiere hacer referencia, para un entendimiento más agudo de este planteamiento es preciso sumergirse, en forma breve y condensada, en el estudio de este tópico.

El concepto de vulnerabilidad, como tal, no pertenece al terreno de lo jurídico. Por ello, para su estudio lo usual es acudir al significado común de la palabra. Según la Real Academia Española, “vulnerabilidad” significa cualidad de vulnerable, entendiéndose por “vulnerable” el “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente” (si subjetivamos la definición de vulnerable, es decir, la ponemos en relación con el sujeto)<sup>20</sup>.

Si bien la idea de vulnerabilidad (que apela a nociones de fragilidad y debilidad, de necesidad de protección, de cuidados y atención), como dice FULCHIRON, no es una de raigambre estrictamente jurídica, no puede desconocerse el interés que despierta y su recepción, cada vez más expresa, por parte del Derecho<sup>21</sup>. Me atrevería, no obstante, a afirmar que, antes de esta tendencia reciente a fijar normativamente a la vulnerabilidad como parámetro de protección, algunos sistemas jurídicos —en este caso, el español—, de manera incipiente, ya le daban

---

<sup>20</sup> Porque, como apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “La recepción de la idea de vulnerabilidad en el Derecho civil español. Materiales para un debate”, en AAVV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dirs. MAYOR DEL HOYO, María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofía), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 34 nota 6, bajo esa definición, las ovejas también serían vulnerables.

<sup>21</sup> Cfr. FULCHIRON, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en AAVV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dirs. BASSET, Ursula, FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine y LAFFERRIÈRE, Jorge N.), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 3.

cobijo (*v.gr.* puede encontrarse una referencia, aunque sea implícita, a tal parámetro en el régimen jurídico de la vivienda familiar).

Al decir de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la noción de vulnerabilidad pone el foco en la persona humana y en sus necesidades concretas para identificar especialmente a quienes se encuentran en una situación de mayor debilidad<sup>22</sup>. Y es que, como afirma FINEMAN, el ser humano se caracteriza, en forma intrínseca y relacional, por su vulnerabilidad<sup>23</sup>, siendo esta “universal y constante”<sup>24</sup>. Pero, además de ello, esta vulnerabilidad no solo debe ser vista desde un plano estático (en el que todo ser humano está potencialmente expuesto a ser herido o recibir una lesión, bien sea física o moral), sino también desde uno dinámico (pudiendo haber sujetos que, por sus particulares circunstancias, sean más proclives que otros a sufrir lesión o herida). De todos modos, no debe olvidarse que estamos ante un concepto flexible, como seguidamente vamos a ver.

Desde una perspectiva general, si se tiene en cuenta que la vulnerabilidad es una nota inherente a todo ser humano<sup>25</sup>, todos seríamos vulnerables. Así lo pone de manifiesto, precisamente, BASSET cuando dice que todos somos vulnerables, destacando al propio tiempo que el punto de partida de esta afirmación radica en que “la vulnerabilidad es una eventualidad”<sup>26</sup>. Sin embargo, no solo por su carácter potencial parecería definirse la vulnerabilidad (posibilidad de ser lesionado), sino también por su carácter relacional, de modo que, en concretos escenarios, y por sus específicas circunstancias, habrá quienes sean más

---

<sup>22</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “La recepción de la idea de vulnerabilidad...”, cit., p. 35.

<sup>23</sup> Cfr. FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, n° 1, mayo 2008, p. 9.

<sup>24</sup> FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, cit., p. 1.

<sup>25</sup> En consonancia con esta afirmación, SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón, “La protección de la vulnerabilidad desde la dignidad y la responsabilidad”, en AAVV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coords. ANDREU MARTÍNEZ, Belén y LECIÑENA IBARRA, Ascensión; dirs. COBACHO GÓMEZ, José Antonio y LEGAZ CERVANTES, Francisco), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 48-51, afirma que: “la vulnerabilidad es parte de nuestra esencia de ser persona, [...] y que la invulnerabilidad no existe, es un ideal inalcanzable porque hace referencia a una condición de autosuficiencia o de autarquía que ningún ser humano puede lograr”.

<sup>26</sup> BASSET, Ursula, “Presentación de la obra”, en AAVV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dirs. BASSET, Ursula, FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine y LAFFERRIÈRE, Jorge N.), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, p. XLVI.

vulnerables que otros. Siendo justamente los que sean más vulnerables los que requerirán del Derecho una protección especial o reforzada.

## **2. La razón de ser de la atribución del art. 96 CC: asegurar una vivienda adecuada al sujeto vulnerable**

Como se ha señalado en algún momento anterior, el fin último del art. 96 CC no parece ser otro que asegurar una vivienda adecuada a los hijos comunes dependientes (menores o con discapacidad) o al cónyuge más necesitado de protección. Pero el fin mediato es asistencial. A esto se debe que el criterio general que rige la atribución del uso de la vivienda sea el “interés familiar más necesitado de protección” (art. 103.2 CC).

Existe consenso en la doctrina académica acerca del carácter marcadamente asistencial del que se ha dotado al uso de la vivienda familiar que se atribuye con ocasión de la crisis matrimonial<sup>27</sup>. De ahí que no se dude en afirmar que “la razón de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar no es otra que proteger al más débil. La medida tiene, pues, un marcado carácter asistencial ante la situación de verdadero desamparo y necesidad a que se pueden ver abocado (sic) los hijos y cualquiera de los cónyuges tras la crisis matrimonial”<sup>28</sup>.

Y si lo que busca la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, debido a su naturaleza asistencial, es evitar que los sujetos vulnerables arriba mencionados queden desamparados o desprotegidos en su derecho de habitación debido a la ruptura de la convivencia, el mismo carácter asistencial antes aludido serviría como argumento para subsumir en el concepto legal de vivienda “familiar” bienes inmuebles que pertenecieron a la familia, pero que no necesariamente fueron habitados por sus miembros antes de disgregarse, al

---

<sup>27</sup> Vid., por todos, ROCA TRÍAS, Encarna, “Comentario al Art. 96”, en AAVV.: *Comentario del Código Civil* (dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.*), tomo I, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 399; TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, *Revista de Derecho civil valenciano*, nº 10, 2011, p. 3; y, CUENA CASAS, Matilde, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en AAVV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 390.

<sup>28</sup> GARCÍA MAYO, Manuel, “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 3, julio-septiembre 2021, p. 192.

efecto de asegurar una vivienda adecuada al sujeto o sujetos que demandan la satisfacción de su necesidad habitacional (*v.gr.*, piénsese en un caso en el que la vivienda que los hijos comunes menores de edad con discapacidad necesitan es una que pertenece al acervo de los cónyuges, pero no es la “vivienda familiar”, es decir, la vivienda en la que la familia tenía su residencia habitual antes de la ruptura matrimonial).

### **3. El menor de edad como sujeto vulnerable digno de protección mediante la atribución del uso de la vivienda familiar**

Como hemos visto, cuando, tras producirse la crisis de pareja, la disputa recae sobre el bien que constituía el hogar familiar, las reglas del Código civil centran su atención en el interés más necesitado de protección. De ahí que sea posible observar que el enfoque jurídico para la resolución del conflicto de intereses estará finalmente sustentado en la idea de vulnerabilidad (o, en su caso, de vulnerabilidades, debido a lo variadas que estas pueden llegar a ser en las disidencias de índole familiar).

El concepto de vulnerabilidad apunta a una situación de necesidad<sup>29</sup>, siendo vulnerable, en el contexto arriba descrito, todo aquel que puede ver sus intereses desprotegidos o, cuando menos, expuestos debido al rompimiento de la estructura familiar. Visto así, con carácter general, tendrían la calidad de sujetos vulnerables tanto los adultos que experimentan la crisis de pareja y posterior ruptura de la convivencia, como sus hijos comunes dependientes (menores o con discapacidad), si los hubiere<sup>30</sup>. Y, precisamente, gira en torno a todos ellos el complejo tópico de a quién ha de adjudicarse el uso de la vivienda familiar; sin que debamos olvidar que, cuando se entra en sede de vulnerabilidad, siempre

---

<sup>29</sup> Cfr. Diccionario panhispánico del español jurídico.

<sup>30</sup> En palabras de MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las ‘categorías sospechosas’: una visión jurisprudencial”, en AAVV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dirs. BASSET, Ursula, FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine y LAFFERRIÈRE, Jorge N.), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 78-79: “Las personas vulnerables son aquellas que por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil; nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental; requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad. [...]. [También] se da en función de las condiciones físicas, económicas, sociales, políticas, técnicas, ideológicas, culturales, educativas, [...]”.

habrá unos sujetos que, en relación con otros, sean más vulnerables y que, por ende, reclamen una mayor protección. Al respecto, existen criterios legales que orientan preceptivamente la decisión judicial sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda.

El art. 96 CC, recientemente modificado por la Ley 8/2021, tal como advertí en el apartado de planteamiento, contiene tres criterios legales de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar: el interés de los hijos comunes menores de edad, el interés de los hijos comunes mayores de edad en situación de discapacidad y el interés del cónyuge más necesitado de protección. Y estos distintos criterios de atribución de la vivienda familiar, como bien se puede notar, tienen como tópico implícito a la situación de vulnerabilidad en que se halla materialmente el sujeto o sujetos con necesidad habitacional —situación que deriva, precisamente, de la minoridad de los hijos comunes, de la discapacidad del hijo común mayor de edad o de la superior necesidad de protección del cónyuge que reclama el uso de la vivienda, que concurre conjuntamente con una circunstancia fáctica como es la necesidad de vivienda—.

Entre ese conjunto de criterios legales, la menor edad de los hijos comunes constituye el criterio de primer orden, de modo que la autoridad judicial primeramente deberá verificar si concurre o no esta circunstancia antes de valorar cualesquiera otra a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. Pero esta situación de vulnerabilidad que deriva objetivamente de la necesidad de habitación, y subjetivamente, de la condición de menor de edad del hijo o hijos comunes, puede verse así mismo agravada en caso de concurrir alguna circunstancia adicional. Y visto el tema así los efectos podrían ser interesantes.

Al hilo de lo anterior, pensemos en que los hijos comunes, además de menores de edad, presentaran alguna discapacidad (del tipo que fuere: física, sensorial o psíquica). En este caso, comprobada la determinación de la custodia individual o exclusiva (que, según se ha visto, es el presupuesto para la atribución en este supuesto), la atribución del uso de la vivienda familiar procedería por el solo hecho de haber hijos comunes menores de edad, con independencia de la discapacidad padecida por uno o todos ellos, pero el hecho de la discapacidad no quita que esos menores se encuentren en una situación de vulnerabilidad

agravada o de hipervulnerabilidad. Y quizá la pregunta que se esté haciendo el lector sea la siguiente: ¿por qué sería trascendente este dato en orden a la adjudicación del derecho de uso de la vivienda “familiar”? Y la respuesta es tan sencilla como funcional. La mayor vulnerabilidad de los hijos comunes menores de edad con discapacidad se erigiría como fundamento para solicitar, por ejemplo, la atribución del derecho de uso de una vivienda que pertenece a la familia, pero que no tiene la calidad técnica de “familiar”.

Razón esta última, por la que sería posible satisfacer la necesidad de un inmueble para vivir del sujeto vulnerable menor de edad mediante la atribución del derecho de uso de una vivienda que reúna las condiciones más idóneas para servir de domicilio, aun cuando aquella morada nunca haya tenido, como tal, la condición de vivienda familiar. El antecedente más reseñable para defender esta postura, como se verá seguidamente con detalle, se encuentra en la STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839).

## **V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA STS 695/2011, DE 10 OCTUBRE, COMO FUNDAMENTO PARA ATRIBUIR EL USO DE UNA VIVIENDA “NO FAMILIAR”**

Al hilo de las cuestiones que hasta ahora se han ido tratando, respecto a la posibilidad de atribuir judicialmente una vivienda que no encaje en la noción técnica de “familiar”, existe una sentencia del Tribunal Supremo que es particularmente relevante. Esta es la STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839), que bien podría calificarse como el antecedente más plausible para defender la satisfacción de la necesidad habitacional de los sujetos vulnerables menores de edad, en el marco de los supuestos que recoge el art. 96 CC, con independencia del carácter “familiar” o “no familiar” de la vivienda<sup>31</sup>.

Como se sabe, el tenor literal del art. 96.1 CC únicamente contempla la atribución del uso de la vivienda familiar —entendiéndose por vivienda familiar, según se ha visto, aquella que, antes de la ruptura de la convivencia, ocupaban de manera

---

<sup>31</sup> Aunque con algunos matices, también resulta de interés el supuesto controvertido que quedó resuelto en la STS 448/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3597).

habitual todos los integrantes de la familia—. Lo dispuesto en este precepto (que, después de la reforma operada por la Ley 8/2021, sigue manteniendo su mismo sentido) ha contado con el respaldo, entre otras, de las Ss.TS 284/2012, de 9 mayo (RJ 2012, 5137), y 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550), las que, en líneas generales, reiteraban la regla de que no pueden atribuirse viviendas o locales que no tengan el carácter de vivienda familiar.

Sin embargo, apartándose del estricto concepto legal de “vivienda familiar”, aunque recurriendo a la finalidad última de la protección del art. 96 CC, el propio Tribunal Supremo ya había sentado como doctrina jurisprudencial la posibilidad de atribuir el uso de una vivienda “no familiar”. En concreto, con la STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839), el citado Tribunal vino a señalar que: “el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familia cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”.

Sobre el supuesto enjuiciado en la sentencia bajo comentario cabe destacar varias cuestiones: i) se había concedido la guarda y custodia exclusiva de la menor a la madre (progenitor custodio); ii) el bien inmueble que había constituido la vivienda familiar, y cuyo uso se adjudica a la menor y a su madre, era de propiedad de los padres del marido y del propio marido; iii) los padres propietarios habían cedido al hijo la vivienda en precario; y, iv) los cónyuges habían comprado por mitad un piso, que en el momento de la crisis matrimonial estaba arrendado a un tercero. El progenitor no custodio recurre en casación.

Para resolver la controversia, la STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839), evoca la doctrina formulada en la STS 178/2011, de 18 marzo (RJ 2011, 935), que había establecido lo que sigue: “Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [...], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no

desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros Propietarios”.

Con base en lo arriba transcrito, el Tribunal Supremo considera que la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija matrimonial y su madre (que ostenta la guarda y custodia), corre el riesgo de resultar inútil, toda vez que sus propietarios pueden recuperarla ejercitando la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados debido a la inexistencia de contrato alguno con la ocupante de la misma. Lo cual, perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda. En consecuencia, tras determinar que el interés de la menor puede quedar perfectamente salvaguardado con la atribución de la vivienda propiedad de sus padres, se adjudica a la menor y a su madre (en calidad de progenitor custodio) el uso de esta última vivienda.

Es significativo traer a colación que, en la propia STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839), el Alto Tribunal precisa que la solución adoptada en este caso no entra en contradicción con la doctrina jurisprudencial que declara que debe atribuirse al menor el uso de la vivienda familiar, pues, en el marco del art. 96 CC, es su interés el que debe ser protegido, por lo que la posibilidad de que los propietarios recuperen su vivienda mediante el ejercicio de una acción de desahucio por precario, implica entender como perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado (aunque esta vivienda sea la que tenga el carácter de vivienda familiar). Destacando, a su vez, que soluciones parecidas a esta, aunque referidas al supuesto en que los cónyuges sean titulares de más de una residencia, ha previsto el art. 233-20.6 CCCat<sup>32</sup>, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la

---

<sup>32</sup> Art. 233-20.6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”.

atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada<sup>33</sup>; y, en forma semejante, el art. 81.1<sup>34</sup> CDF<sup>35</sup>.

## **VI. A MODO DE CONCLUSIÓN**

La minoridad constituye uno de los criterios legales de atribución del uso de la vivienda familiar, pero únicamente con contenido restrictivo. Según la dicción literal del art. 96.1.I CC, el derecho de uso de la vivienda “corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden”. De modo que, los menores de edad serán sujetos de protección mediante la atribución del uso de la vivienda familiar solo cuando se trate de hijos comunes de los cónyuges que experimentan la ruptura matrimonial. De otra parte, la protección que pretende dispensarse a los hijos comunes menores de edad con la atribución del uso de la vivienda familiar no es inmediata ni automática, es decir, por la sola condición de hijos comunes menores de edad, sino que previamente deberá haberse establecido la custodia individual de aquellos respecto de uno de los progenitores.

La vulnerabilidad es un concepto implícito en los criterios legales de atribución del uso de la vivienda familiar que contempla el art. 96 CC. Existe una relación directa entre minoridad y vulnerabilidad. En cuanto aquí interesa, hay una situación de vulnerabilidad objetiva, que procede de la necesidad de vivienda, y una situación de vulnerabilidad subjetiva<sup>36</sup>, que deriva, en este caso, de la menor

---

<sup>33</sup> Véase ampliamente un estudio doctrinal sobre la regulación de esta materia en el Derecho civil catalán, en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “La atribución y la distribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el Derecho civil catalán”, en AAVV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 65-88.

<sup>34</sup> Para conocer con profundidad cómo opera la atribución del uso de la vivienda familiar en el Derecho aragonés, puede consultarse a LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El destino de la vivienda y del ajuar familiar en Derecho aragonés”, en AAVV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 89-112.

<sup>35</sup> Art. 81.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Código del Derecho Foral de Aragón: “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”.

<sup>36</sup> A la “vulnerabilidad subjetiva” también se le suele denominar “vulnerabilidad personal”. Vid. PÉREZ MONGE, Marina, “Vigencia de la ley de represión de la usura como protección del vulnerable”, en AAVV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dirs. MAYOR DEL HOYO,

edad de los hijos comunes, que es a quienes en primer orden se quiere proteger atendiendo a su interés superior<sup>37</sup>. Pero esta situación de vulnerabilidad subjetiva quedará agravada cuando junto con la menor edad concorra en los hijos alguna otra circunstancia particular, como puede ser, por ejemplo, una discapacidad. De presentarse, cabría hablar más propiamente de hipervulnerabilidad.

Siendo la vulnerabilidad un criterio teleológico implícito presente en la esencia de cada uno de los distintos criterios legales de atribución recogidos en el art. 96 CC, y más en concreto, en el criterio relativo a los hijos comunes menores de edad, sobran razones para sostener que es la idea de vulnerabilidad (posible situación de desamparo y necesidad a que se pueden ver expuestos los hijos tras la crisis matrimonial) la que ha de operar, en última instancia, como criterio para atribuir una vivienda a los hijos menores de edad, aun cuando la vivienda que finalmente se adjudique no encaje en la noción técnica de familiar.

Siempre que la atribución de la vivienda “no familiar” fuera la única alternativa posible para salvaguardar el interés prevalente del menor (art. 96.1 CC) o, desde una perspectiva más general, para garantizar convenientemente el interés más necesitado de protección (art. 103.2 CC), y las circunstancias fácticas del caso lo hicieran aconsejable, la autoridad judicial quedaría habilitada para atribuir el uso de una vivienda “no familiar”. Habrá ocasiones en que la protección del interés del menor no necesariamente coincida con la puesta a su disposición de la misma vivienda que aquel ocupó junto a su familia en la situación de normalidad previa a la ruptura.

En función de las circunstancias concretas que concurren en cada caso, la regla general en cuya virtud “no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar” podría terminar teniendo un efecto

---

María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofía), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 550.

<sup>37</sup> Y aunque se entiende que, para que la atribución del uso de la vivienda familiar pueda tener lugar deberían concurrir juntas ambas situaciones, se han denunciado a nivel doctrinal “automatismos” en la aplicación del mencionado precepto, de modo que, con independencia de una real necesidad de habitación, bastaría con que se hubiese fijado la custodia individual de los hijos comunes menores de edad respecto de uno de los progenitores o cónyuges para que la autoridad judicial asigne el uso de la vivienda en favor de los hijos comunes menores de edad y del cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Sobre los “automatismos” del art. 96 CC y el interés superior del menor, *vid.* TENA PIAZUELO, Isaac, “Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad...”, *cit.*, pp. 112-117.

contraproducente, lesionando a causa del legalismo ese interés superior del menor que en principio se intenta proteger con la adjudicación del uso de la vivienda. Y esto entraría en conflicto con la propia *ratio legis* del art. 96.1.I CC, de cuyo espíritu normativo claramente se advierte que, lo que se busca con la atribución del derecho de uso de la vivienda “familiar” es asegurar el derecho de vivienda de los sujetos que se van a ver más afectados por la ruptura de la convivencia: dicho de otro modo, el derecho de vivienda de los más vulnerables, en este caso, los hijos comunes menores de edad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BASSET, Ursula, “Presentación de la obra”, en AAVV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dirs. BASSET, Ursula, FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine y LAFFERRIÈRE, Jorge N.), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. XLV-LVI.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AAVV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 35-63.

CUENA CASAS, Matilde, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en AAVV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 287-492.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho”, en AAVV.: *Las uniones de hecho* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 57-103.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio y GAGO SIMARRO, Clara, “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 788, 2021, pp. 3369-3441.

FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, nº 1, mayo 2008, pp. 1-23.

FULCHIRON, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en AAVV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dirs. BASSET, Ursula, FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine y LAFFERRIÈRE, Jorge N.), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3-18.

GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, “A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar”, *Diario La Ley*, n° 9990, 2022.

GARCÍA MAYO, Manuel, “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, n° 3, julio-septiembre 2021, pp. 187-221.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El destino de la vivienda y del ajuar familiar en Derecho aragonés”, en AAVV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 89-112.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Comentarios al Artículo 1438”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 219-221.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, “La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar y su incidencia en las relaciones económicas entre los excónyuges en el marco de la normativa nacional y autonómica”, en AAVV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (coord. FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio y GAGO SIMARRO, Clara; dir. SANCIÑENA ASURMENDI, Camino), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 403-416.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en AAVV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos), 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, pp. 229-254.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AAVV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos), 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, pp. 187-228.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Comentario al art. 96 CC”, en AAVV.: *Código civil comentado* (dirs. CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), vol. I (arts. 1-609 CC), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 540-541.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “La recepción de la idea de vulnerabilidad en el Derecho civil español. Materiales para un debate”, en AAVV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dirs. MAYOR DEL HOYO, María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofía), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 33-54.

MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las ‘categorías sospechosas’: una visión jurisprudencial”, en AAVV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dirs. BASSET, Ursula, FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine y LAFFERRIÈRE, Jorge N.), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 78-102.

PÉREZ MONGE, Marina, “Vigencia de la ley de represión de la usura como protección del vulnerable”, en AAVV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dirs. MAYOR DEL HOYO, María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofía), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 549-574.

ROCA TRÍAS, Encarna, “Comentario al Art. 96”, en AAVV.: *Comentario del Código Civil* (dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.*), tomo I, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 398-402.

SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón, “La protección de la vulnerabilidad desde la dignidad y la responsabilidad”, en AAVV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coords. ANDREU MARTÍNEZ, Belén y LECIÑENA IBARRA, Ascensión; dirs. COBACHO GÓMEZ, José Antonio y LEGAZ CERVANTES, Francisco), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-66.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, *Disposición de bienes en la sociedad de gananciales*, Palestra, Lima, 2020.

TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, *Revista de Derecho civil valenciano*, nº 10, 2011, pp. 1-15.

TENA PIAZUELO, Isaac, “Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales”, en AAVV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dirs. MAYOR DEL HOYO, María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofía), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 97-130.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “La atribución y la distribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el Derecho civil catalán”, en AAVV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 65-88.

#### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

STS 310/2004, de 22 abril (RJ 2004, 2713).

STS 240/2008, de 27 marzo (RJ 2008, 4062).

STS 178/2011, de 18 marzo (RJ 2011, 935).

STS 221/2011, de 1 abril (RJ 2011, 3139).

STS 690/2011, de 6 octubre (RJ 2011, 6708).

STS 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011, 6839).

STS 284/2012, de 9 mayo (RJ 2012, 5137).

STS 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550).

STS 726/2013, de 19 noviembre (RJ 2013, 7447).

STS 215/2016, de 6 abril (RJ 2016, 1321).

STS 95/2018, de 20 febrero (RJ 2018, 573).

*CAPÍTULO VII: El criterio de la minoridad en la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial. Una visión desde el Derecho español*

STS 598/2019, de 7 noviembre (RJ 2019, 4630).

STS 558/2020, de 26 octubre (RJ 2020, 4165).



## CAPÍTULO VIII

# **Preparación de personal judicial y efectividad del derecho a ser oído de los niños tras la pandemia del Covid-19**

*Nicole Elizondo*

*Pontificia Universidad Católica de Chile (CHILE)*

*Carolina Salinas*

*Pontificia Universidad Católica de Chile (CHILE)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES: IDONEIDAD DEL PERSONAL JUDICIAL PARA LA EFECTIVA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. III. COVID-19 Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE. IV. METODOLOGÍA. V. RESULTADOS: EFECTIVIZACIÓN DE LA ESCUCHA DE NIÑOS Y LA ADECUADA PREPARACIÓN DEL PERSONAL JUDICIAL EN PANDEMIA COVID-19 EN CHILE. 1. Oportunidad y alcance de la capacitación. 2. Contenido de la capacitación: el problema del estándar. 3. Coherencia entre formación recibida y resultados del proceso. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. INTRODUCCIÓN**

En Chile, ante la crisis sanitaria de la pandemia Covid-19 fueron dictadas una serie de regulaciones generales en relación con el trabajo de los jueces y demás actores de justicia, especialmente, los dictámenes se orientaron a asegurar la

atención preferente en casos de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes (Autos acordados N°41-2020 del 17 de abril de 2020 y el acta N°53-2020 del 18 de marzo de 2020 y la Ley N°21.226 que “Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile”).

En esa línea, sabemos que el papel del personal del Poder Judicial resulta relevante para efectivizar el acceso a la justicia y la atención y participación de niños, niñas y adolescentes, y la consideración de las opiniones de estos. No considerar lo anterior puede significar que “los niños y jóvenes pueden ser consultados, pero sus puntos de vista no tienen un impacto perceptible en las decisiones”<sup>1</sup>. Ello también queda establecido en el párrafo núm. 28 de la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño: no basta con facilitar la expresión de opiniones de los niños sino también debemos darles una adecuada consideración.

De este modo cabe preguntarse, ¿cómo asegurar un relato libre si el niño o la niña están siendo entrevistados por medio de videoconferencia desde su casa, con la presencia de alguno de los padres y/o cuidadores?, ¿Tienen las herramientas necesarias los jueces y consejeros técnicos para asegurar que el derecho del niño a ser oído se concrete de la forma debida?.

En vista de lo anterior, los objetivos del presente artículo son identificar cuáles son las mínimas condiciones que debiera tener el sistema judicial para garantizar el ejercicio efectivo del derecho del niño de ser oído, y cómo se han visto afectadas en situaciones de confinamiento y emergencia sanitaria en Chile.

La metodología propuesta es cualitativa de carácter exploratorio y descriptivo<sup>2</sup> a través de la revisión de literatura y entrevistas en profundidad compuestas por

---

<sup>1</sup> TISDALL, Kay, “Children’s wellbeing and children’s rights in tension?”, *International Journal of Children’s Rights*, n° 23, 2015, p. 12.

<sup>2</sup> HERNÁNDEZ, Roberto, FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar, *Metodología de la Investigación*, McGraw Hill, México, 2006, pp. 88-101.

una muestra de 15 entrevistas a actores claves del Poder Judicial en Chile (jueces y consejeros técnicos de Juzgados de Familia del territorio nacional).

Esta investigación tiene como foco de atención las capacidades institucionales de los jueces y consejos técnicos; profesionales clave para asegurar la escucha de niños y niñas en las audiencias telemáticas, e identificar las dificultades del personal del Poder Judicial para asegurar la debida participación y el derecho a ser oído durante la pandemia del Covid-19.

El presente artículo comenzará describiendo las consideraciones generales de la efectiva escucha de niños, niñas y adolescentes, seguido por la exploración de las medidas implementadas por el Poder Judicial en Chile tras la llegada de la emergencia sanitaria del Covid-19. Luego, se proporciona un resumen de la metodología de la investigación. Posteriormente, se presentan los hallazgos claves del análisis de contenido de las entrevistas realizadas a actores claves para finalmente incluir las reflexiones a considerar sobre la efectivización del derecho a ser oído en niños y adolescentes en tiempos de crisis.

## **II. CONSIDERACIONES GENERALES: IDONEIDAD DEL PERSONAL JUDICIAL PARA LA EFECTIVA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

La consideración de la voz de los niños y adolescentes respecto de los asuntos que les afecten en los procedimientos de justicia—según su edad y madurez—está consagrado en el artículo número 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), y se encuentra asociado al efectivo ejercicio de los derechos de participación en procedimientos administrativos y de justicia, ya sea directa o indirectamente a través de un representante (Artículo 12 (1-2)).

Si bien el principio de participación no aparece como un término en sí mismo en el artículo, el derecho del niño a ser oído es considerado como un elemento

crucial<sup>3</sup>. Respecto de éste, surgen dos elementos fundamentales: el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado<sup>4</sup>. En ambos elementos juega un rol esencial la capacidad del Estado de garantizar en materia de justicia las condiciones para que se verifiquen, esto es: la idoneidad y capacitación a los profesionales de la justicia para asegurar la efectiva escucha y participación (Artículo 12 (2)).

En efecto, el Comité de los Derechos del Niño a través de la Observación General núm. 12 recomienda que, en atención a una adecuada escucha de los niños, se debe considerar aspectos tales como: la capacitación de los profesionales en la preparación de la entrevista<sup>5</sup>, el lenguaje claro y amigable hacia los niños—evitando la terminología jurídica—, el propiciar un ambiente acogedor y comprensivo (habilidades comunicativas)<sup>6</sup> y el desarrollo de la comunicación no verbal<sup>7</sup>. También resulta de preocupación la adaptación del entorno físico y operativo de los juzgados/tribunales para garantizar que los niños comprendan los procedimientos de justicia<sup>8</sup> así como reconocer el valor inherente de las contribuciones que los propios niños y adolescentes realizan<sup>9</sup>.

Equilibrar estos requerimientos es, sin embargo, complejo y difícil ya que en la práctica se constatan obstáculos para la efectiva escucha y participación de los niños en los procedimientos de justicia. Las complejidades de esto derivan tanto de aspectos centrados en los propios sujetos del derecho y sus particulares condiciones y características tales como la edad, la madurez, el desarrollo psíquico y necesidades especiales<sup>10</sup>, así como en la capacidad del sistema judicial

---

<sup>3</sup> COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General No. 12, El derecho de los niños a ser escuchados*, 2009.

<sup>4</sup> DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ. “Informe anual 2019: Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile”. Capítulo 2: Derecho a ser oído. Defensoría de la Niñez, Santiago de Chile, 2019, p. 246.

<sup>5</sup> BRUER, Kaila, WILLIAMS, Shanna y EVANS, Angela, “Lawyers' experience questioning children in Canadian court”, *Child Abuse & Neglect*, n° 134, 2022, p. 2.

<sup>6</sup> LANSDOWN, Gerison, JIMERSON, Shane y SHAHROOZI, Reza, “Children's rights and school psychology: Children's right to participation”, *Journal of School Psychology*, vol. 52, n° 1, 2014, p. 6.

<sup>7</sup> KLEMFUSS, Zoe y CECI, Stephen, “Legal and psychological perspectives on children's competence to testify in court”, *Developmental Review*, vol. 32, n° 3, 2012, p. 271.

<sup>8</sup> SHEAHAN, Francis, *Child-friendly courthouses in Turkey. Guidance on International and Regional Law*, Standards and Implementation. International Children's Center, Ankara, 2021, p. 2.

<sup>9</sup> MACDONALD, Amy, “Researching with Young Children: Considering Issues of Ethics and Engagement”, *Contemporary Issues in Early Childhood*, vol. 14, n° 3, 2013, p. 266.

<sup>10</sup> LANSDOWN, Gerison, *Every child's right to be heard: A resource guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment no. 12*, Save the Children UK, UK, 2011, pp. 19-26.

para entregar la debida información de los procedimientos, de por si complejos ya sea que el menor se encuentre en calidad de víctima, testigo o presunto infractor de la ley<sup>11</sup>.

Así, para los niños no familiarizados ni debidamente informados del proceso esto trae repercusiones emocionales negativas<sup>12</sup> derivando frecuentemente en estrés y ansiedad<sup>13 14 15</sup>, conflictos de lealtad y/o el deterioro de las relaciones familiares entre sus miembros<sup>16 17</sup>.

A ello se agregan, “algunas variables que contribuyen a aumentar esta vivencia negativa como son las demoras durante el procedimiento judicial, el elevado número de entrevistas que se realizan a los y las menores y la falta de apoyo por parte de cuidadores y profesionales”<sup>18</sup>. En ese sentido, “la calidad de la información obtenida a menudo se ve comprometida, tanto porque los niños son reacios a participar como porque los profesionales se esfuerzan por evaluar si la información proporcionada es un reflejo libre y genuino de los deseos y sentimientos del niño”<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> BERRICK, Jill, DICKENS, Jonathan, PÖSÖ, Tarja y SKIVENES, Marit, “International perspectives on Child friendly courts”, *International Journal of Children’s Rights*, vol. 26, n° 2, 2018, p. 253.

<sup>12</sup> ANDREU, Lara y PEREDA, Noemí, “Revisión Sistemática de los Programas de Preparación al juicio para niños, niñas y adolescentes víctimas”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2022, Avance online, p. 116.

<sup>13</sup> RUSH, Elizabeth, QUAS, Jodi y MCAULIFF, B Bradley, “Child witnesses’ experiences of distress in criminal court: Sources, consequences, and solutions”, en AAVV.: *Stress, Trauma, and Wellbeing in the Legal System* (eds. MILLER, Mónica y BORNSTEIN, Brian), American Psychology-Law Society Series New York, Oxford Academic, 2012, pp. 91-99.

<sup>14</sup> NATHANSON, Rebecca y SAYWITZ, Karen, “The effects of the courtroom context on children’s memory and anxiety”, *Scholarly Works*, n° 819, 2003, p. 69.

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Antonio, “El menor, víctima en el proceso penal. Aspectos psicológicos y tratamiento”, *Protección de menores en el Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 12, 1998, p. 39.

<sup>16</sup> TAP, Pauline, “Judges are human too: conversation between the judge and the child as a means of giving effect to section 6 of the Care of Children Act 2004”, *New Zealand Law Review*, n° 1, 2006, p. 39.

<sup>17</sup> PARKES, Aisling, *Implementation of Article 12 in Family Law Proceedings in Ireland and New Zealand: Lessons Learned and Messages for Going Forward*, International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies, New York, Oxford Academic, 2015, p. 113.

<sup>18</sup> ANDREU, Lara y PEREDA, Noemí. Op. Cit., 2022, p. 115.

<sup>19</sup> RICHARDSON, Kayliegh, SPEED, Ana, THOMSON, Callum y COAPES, Rachel, “Covid-19 and the family courts: hey practitioner findings in children cases”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 43, n° 4, 2021, p. 433.

Como se aprecia, la capacidad, formación y sensibilización de los profesionales de la justicia resulta fundamental junto con la existencia de un adecuado entorno físico y operativo en los procedimientos de justicia.

Las directrices para permitir la participación de los niños en procedimientos de justicia se han centrado en garantizar su efectividad por medio de estrategias de “familiarización” de los niños en aspectos prácticos de los tribunales, por ejemplo, salas de espera especiales y adecuadas al tamaño de los niños, salas de consultas confidenciales para que estos puedan consultar a los abogados, la incorporación de personal interdisciplinario para la realización de entrevistas, el establecimiento de protocolos para el tratamiento de entrevistas y audiencias con menores, entre otros.

En la práctica, existen obstáculos para la realización efectiva del derecho a ser oído de los niños. Sin embargo, estudios señalan que ello se ve dificultado ya que, “algunos profesionales carecen de las habilidades de comunicación necesarias para hablar con un niño o están acostumbrados a hacer suposiciones sobre las necesidades de los niños y lo que es mejor para ellos”<sup>20</sup>. Igualmente, la carga de trabajo incide en la destinación de tiempo para revisión del caso, preparación de la entrevista y disposición anímica de quien entrevista.

Ello se vio profundizado con la llegada de la pandemia Covid-19<sup>21</sup>. Así lo confirma el estudio sobre la participación remota de los niños en procesos de justicia en Nueva Zelanda e Irlanda<sup>22</sup> donde reconocen que si bien las audiencias telemáticas redujeron los riesgos de contagio del Covid-19 y la demora en los procedimientos; por otro lado, se invisibiliza el estado emocional de los niños y adolescentes. La literatura ha denominado este fenómeno como “visual cues”<sup>23</sup>, es decir, señales

---

<sup>20</sup> LIMANTĚ, Agne, VAIČIŪNIENĚ, Ruta, APOLEVIČ, Jolanta, “Child-Friendly Legal Aid and Individual Assessment of Children in Conflict with the Law: Building the Basis for Effective Participation”, *Int J Environ Res Public Health*, vol. 19, n° 1, 2021, p. 5.

<sup>21</sup> LYNCHY, Nessa y KILKELLY, Ursula, “‘Zooming In’ on Children’s Rights During a Pandemic: Technology, Child Justice and covid-19”, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 29, n° 2, 2021, pp. 286-304.

<sup>22</sup> FORDE, Louise, “The role of the courts in protecting children's rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, vol. 61, n° 2, 2022, pp. 240-260.

<sup>23</sup> HEARD, Genevieve, BICKERDIKE, Andrew y OPOKU, Sandra, “Remote family dispute resolution services for Covid and post-Covid times: Client and practitioner perspectives”, *Family Court Review*, vol. 20, n° 2, 2022, p. 232.

visuales que en las audiencias telemáticas son difícil de identificar por el personal de justicia, lo cual dificulta captar las reacciones y comunicarse de manera cercana y sensible vía telemática.

En este sentido, se ha sostenido que la comunicación a través de las pantallas no sustituye la presencialidad, pues, “las personas en videoconferencias tienden a estar más influenciadas por las claves heurísticas, como cuán simpático perciben al orador, que por la calidad de los argumentos presentados por el orador”<sup>24</sup>. A partir de esta consideración, resulta relevante entonces delimitar qué tipo de audiencias son adecuadas para realizarlas vía telemática y qué conflictos podrían resolverse de manera más efectiva de manera presencial en una audiencia con las partes involucradas<sup>25</sup>.

De ahí la importancia de la idoneidad de la formación del personal judicial. La finalidad de ella debe apuntar a lograr profesionales informados sobre los antecedentes de los niños y sus familias, la preparación de una entrevista efectiva que genere confianza y cercanía y permita libremente expresarse; aspectos esenciales para comprender las circunstancias de niños, niñas y adolescentes, así como la toma de decisiones judiciales<sup>26</sup>.

Habiendo establecido lo anterior, y en atención a la experiencia de los tribunales de familia en Chile, que desde la pandemia continúan teniendo sus procedimientos por vía telemática, cabe preguntarse: ¿Cómo asegurar un relato libre si el niño o la niña están siendo entrevistados por medio de videoconferencia desde su casa, con la presencia de alguno de los padres y/o cuidadores?, ¿Tienen las herramientas necesarias los jueces y consejeros técnicos para asegurar que el derecho del niño a ser oído se concrete de la forma debida en Chile?.

---

<sup>24</sup> DE VOCHT, Dorris, “Trials by video link after the pandemic: the pros and cons of the expansion of virtual justice”, *China-EU Law Journal*, n° 8, 2022, p. 36.

<sup>25</sup> SANDERS, Anne, “Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic”, *International Journal for Court Administration*, vol. 12, n° 2, 2021, pp. 18-21.

<sup>26</sup> LIMANTĖ, Agne, VAIČIŪNIENĖ, Ruta, APOLEVIČ, Jola, *Op. Cit.*, 2021, p. 12.

### III. COVID-19 Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE

La pandemia global ha tenido impactos significativos en los derechos de los niños<sup>27</sup>, y los derechos relativos a la participación en los asuntos judiciales que les afectan no ha sido la excepción. En Chile, tras la emergencia sanitaria y la aplicación de diversas medidas restrictivas de la libertad ambulatoria, el Poder Judicial señaló que se debía asegurar como fundamental el acceso y continuidad de los servicios y procedimientos judiciales.

Como contexto, en Chile tras los autos acordados N°41-2020 del 17 de abril de 2020 y el acta N°53-2020 del 18 de marzo de 2020—que regulan, entre otros asuntos, el uso de la videoconferencia—y la Ley N°21.226 que “Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile”; cada unidad judicial coordinó condiciones técnicas y presupuestarias para llevar a cabo audiencias telemáticas, así como de protección por vulneración de derechos a niños, niñas y adolescentes dadas las circunstancias de la emergencia sanitaria.

Con la expansión de los contagios y medidas restrictivas de movilidad y distanciamiento social, el Poder Judicial implementa de manera inmediata la modalidad telemática para realizar audiencias y el teletrabajo para sus funcionarios. Sin embargo, no hubo uniformidad en los tribunales de familia sobre la adopción de estrategias de derivación de audiencias presenciales (excepcionales) y/o realización de turnos éticos o medidas especiales para casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Pese a ello, las cifras dan cuenta que para el año 2021 se celebraron 663.230 audiencias remotas y se implementaron más de 12.000 cuentas de conexión

---

<sup>27</sup> CAMPBELL, Sydney, CICERO, Carlo, SAINI, Manav, ATTARAN, Nona, MAKANSI, Nora, PASSOS DOS SANTOS, Raissa, PUKUMA, Shilni y CARNEVALE, Franco, “Impacts of the COVID-19 pandemic on children: An ethical analysis with a global-child lens”, *Global Studies of Childhood*, vol. 11, n° 1, 2021, pp. 105-114.

remota, alrededor de 800 servicios de banda ancha móvil, la adquisición de nuevos equipos, entre otras medidas<sup>28</sup>.

Tras el levantamiento de las medidas restrictivas en junio del 2022 solo el 28% de funcionarios que trabajan en tribunales y cortes han regresado a la presencialidad, en tanto 61% realizan las labores de manera telemática, 10% se encuentra con licencia médica y un 1% se encuentra sin labores derivadas<sup>29</sup>. Otro antecedente a considerar son los datos extraídos de la encuesta sobre “Audiencias de alegatos en las Cortes de Apelaciones” realizada por el Colegio de Abogados<sup>30</sup> donde se señala que un 81.15% de los encuestados rechaza la idea de que solo haya alegatos presenciales y un 81.65% afirma que los alegatos vía telemáticas deberían mantenerse de modo permanente una vez superada la emergencia sanitaria.

No fue hasta octubre de 2022, cuando la Corte Suprema modificó el “Protocolo de Manejo y Prevención ante Covid-19”, y decretó que la presencialidad en tribunales y unidades judiciales debería ser de un mínimo del 50% por estamento, con excepción a los grupos considerados de riesgo y/o en situación especial.

Posteriormente, en diciembre de 2022 la Corte Suprema dicta el auto acordado que regula los criterios que deben ser considerados para aprobar el funcionamiento de los tribunales de forma remota conforme a lo regulado en los artículos 47 D y 68 bis del Código Orgánico de Tribunales (Acta N°258-2022). En él se establecen al menos 12 criterios a evaluar entre los que destacan el ingreso de causas, la carga de trabajo estimada para jueces, profesionales y funcionarios, el uso eficiente y eficaz de los recursos tecnológicos y materiales, la necesidad de prevenir contagios ante situaciones de riesgo sanitario, proteger la seguridad de las personas frente a situaciones de violencia o a alguna de catástrofe nacional o

---

<sup>28</sup> PODER JUDICIAL. *Cuenta Pública 2022*, 2022, p. 30.

<sup>29</sup> LA TERCERA. *Sólo un 28% de los funcionarios del Poder Judicial trabaja presencial a dos años de iniciada la pandemia*, 26 de junio de 2022.

<sup>30</sup> COLEGIO DE ABOGADOS. *“Encuesta sobre audiencias de alegatos en las Cortes de Apelaciones”*, 2022, pp. 1-2.

regional, o, en general, ante situaciones que impidan el uso de las dependencias del tribunal, entre otras<sup>31</sup>.

Por otra parte, si bien el personal del Poder Judicial valora positivamente el acceso a la justicia, la optimización de tiempo y representatividad en regiones durante el desarrollo de las audiencias telemáticas; también se observa que la modernización del ejercicio de los alegatos y las audiencias ha generado tropiezos en cuanto al uso de la tecnología, desorden administrativo (agenda, registro, citación, programación de salas, entre otros) y la extensión/demora de los conflictos judiciales en tramitación<sup>32</sup>.

#### **IV. METODOLOGÍA**

La metodología empleada en el artículo es de carácter exploratorio y descriptivo<sup>33</sup> (Hernández, Fernández y Baptista, 2006). Se realizó una revisión documental de fuentes secundarias de información tales como fuentes bibliográficas y de evidencia disponible en artículos de revistas, libros en la materia e informes nacionales e internacionales en la materia.

Complementa dicha revisión, la realización de 15 entrevistas en profundidad a actores claves del Poder Judicial: Jueces y Consejeros Técnicos de entre 30 a 60 años, residentes en tres zonas de Chile (Norte, Centro y Sur) y que cuenten con 6 meses o más de antigüedad en los juzgados de procedencia. Las entrevistas se realizaron entre julio y agosto de 2021 bajo la modalidad remota vía Zoom producto de las restricciones sanitarias.

Posteriormente, las entrevistas fueron analizadas por medio de la técnica de análisis de contenido<sup>34</sup>. En primer lugar, se realizó la identificación de las unidades de análisis y codificación preliminar. En segundo lugar, se etiquetan las

---

<sup>31</sup> CORTE SUPREMA. *Auto acordado para la aplicación de los artículos 47 D y 68 Bis de Código Orgánico de Tribunales*. Auto acordado N°258 de 16 de diciembre de 2022.

<sup>32</sup> COLEGIO DE ABOGADOS. *Op. Cit.* 2022, pp. 22-32.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ, Roberto, FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar, *Op. Cit.*, 2006, pp. 88-101.

<sup>34</sup> GRANEHEIM, Ulla y LUNDMAN, Berit, "Qualitative content analysis in nursing research: concepts, procedures and measures to achieve trustworthiness", *Nurse Education Today*, vol. 24, n° 2, 2004, p. 107.

unidades de análisis y dimensiones analíticas de las transcripciones. En tercer lugar, se elaboró un libro de códigos para finalmente, presentar los hallazgos más relevantes a partir de criterios de saturación. Tras el análisis de las entrevistas se identificaron al menos tres dimensiones de exploración: 1) Oportunidad y alcance de la capacitación, 2) Contenido de la capacitación: el problema del estándar y 3) Coherencia entre formación recibida y resultados en el ejercicio de las labores.

El estudio cuenta con la aprobación del Comité Ética Científico en Ciencias Sociales, Artes y Humanidades de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

## **V. RESULTADOS: EFECTIVIZACIÓN DE LA ESCUCHA DE NIÑOS Y LA ADECUADA PREPARACIÓN DEL PERSONAL JUDICIAL EN PANDEMIA COVID-19 EN CHILE**

Del análisis de la gestión de tribunales de familia en la modalidad virtual, derivada de la crisis sanitaria, resalta como elemento de importancia cardinal en la calidad de la atención que reciben los niños a la hora de ser oídos, la preparación con la que cuentan los funcionarios involucrados en las audiencias con niños.

Al respecto, parece indiscutible que los miembros del Poder Judicial que presidan casos relacionados con niños deben recibir capacitación previa que detalle la naturaleza y el alcance del artículo núm. 12 de la CDN en el contexto de los procedimientos de derecho de familia<sup>35</sup>. En el mismo sentido, el Comité de las Naciones Unidas ha enfatizado las “obligaciones de los estados de desarrollar capacitación y desarrollo de capacidades para todos los involucrados en el proceso de implementación”<sup>36</sup>.

Contrasta con ello, la opinión recogida en el estudio acerca de la capacitación recibida por los funcionarios operadores del sistema. De lo expresado en las

---

<sup>35</sup> GAL, Tali y DURAMY, Benedetta, *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

<sup>36</sup> COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Op.Cit.*, 2009, p. 15.

entrevistas, se logran distinguir algunas cuestiones de relevancia a considerar en la discusión:

Dimensión 1: Oportunidad y alcance de la capacitación.

Dimensión 2: Contenido de la capacitación: el problema del estándar

Dimensión 3: Coherencia entre formación recibida y resultados en el ejercicio de las labores.

### **1. Oportunidad y alcance de la capacitación**

En Chile, la capacitación para jueces y otros funcionarios judiciales, la ofrece oficialmente la Academia Judicial (en adelante, AJ), tanto en sus programas de formación para el escalafón primario como el de perfeccionamiento para todos los escalafones de funcionarios del poder judicial.

El programa de formación es obligatorio en cuanto a la malla y contenidos, y contiene algunas nociones del Derecho a ser oído más no un entrenamiento teórico práctico para los magistrados, en tanto el de perfeccionamiento se presenta como una amplia oferta de cursos breves que voluntariamente eligen los funcionarios, a razón de seis al año, debiendo cursarse la mitad de ellos vía telemática.

De los 273 cursos de perfeccionamiento que este año se ofrecen, 3 de ellos hacen referencia directa en su descripción al Derecho del Niño a ser oído, y otros 5 lo abordarían, aunque no aparece explícito en su descripción. Es decir, el organismo técnico encargado de realizar en Chile dichas capacitaciones tiene como contenido el derecho del niño a ser oído y de entrevistas videograbadas en el programa de formación obligatorio de todos los jueces, siendo además contenido de algunos cursos de perfeccionamiento optativos para jueces y consejeros técnicos.

Los entrevistados consideran que no sólo deben contar con una capacitación inicial sino también permanente, de modo de alcanzar cierto entrenamiento

mínimo que luego se vaya perfeccionando, de cierta forma, pareciera que desconocen o no le otorgan gran valor a la formación recibida en los cursos de instrucción de la AJ.

*“¿Hay capacitación permanente de los jueces en entrevistas de niños en estas materias? No. ¿hay capacitación permanente de los consejeros técnicos en entrevista de los niños en estas materias de la justicia de familia? No. Eeee... (Suspiro)” (Entrevista 01).*

*“No existe intención del estado de proveer esos recursos, de estar permanentemente capacitando a aquellos que intervienen en las materias relacionadas con la infancia, no existe esa disposición, no existen los recursos... y uno tiene que hacerlo solo, digamos” (Entrevista 04).*

Resulta significativo que la mayoría, miembros del escalafón primario de tribunales de familia, da cuenta de una objetiva ausencia de capacitación y ven en ello la justificación a su falta de conocimiento, entienden que sólo el Estado puede y debe proporcionar dicha formación, no se percibe como una responsabilidad personal el adquirir conocimientos o si se percibe se hace con una connotación negativa. En estricto rigor eso es así, en el caso del juez, la formación inicial debe ser lo más completa exigente y de alto nivel, no puede ser estrictamente jurídica y eminentemente técnica, cada vez más requerirá tanto de otras herramientas intelectuales como materiales<sup>37</sup>, en el caso del juez de familia, conocimientos de psicología, mediación, tecnologías de la información y la comunicación (TIC), entre otras.

*“Si no somos psicólogos. ¿Cómo vamos a entrevistar bien a un niño? No tenemos ningún tipo de capacitación para entrevistar a un niño, ¿cómo se cómo entrevistar a un niño?, ¿dónde están los protocolos? Qué en otras partes del mundo se usan para la entrevista de... que tienes que*

---

<sup>37</sup> BLASCO, Francisco de Paula, “Sobre la necesidad de formación de los jueces”, *Revista Jueces para la democracia*, n° 38, 2000, pp. 20-21.

*saber como psicóloga, cierto, hay protocolos, o ¿cómo lo haces? O... lo haces de acuerdo a lo que te tincó, ya...” (Entrevista 01).*

*“Y los jueces lo hacemos y creo que yo también en ciertas ocasiones de acuerdo a lo que nosotros nos tinka que es bueno para un niño” (Entrevista 01).*

En cuanto al alcance de la preparación para escuchar a los niños, es importante considerar que esta debe alcanzar no solo al personal del tribunal sino también a los abogados y otros profesionales que colaboran con el tribunal y que pueden llegar a tener vinculación con el niño, niña o adolescente (en adelante “NNA”), como los curadores ad-litem o abogados del niño, duplas sicosociales diagnósticas, peritos, siendo para los primeros una exigencia del cargo pues es parte de su cometido el asegurarse que el tribunal cumpla con el deber de oír al niño y son ellos quienes pueden hacer exigibles las exigencias mínimas que aseguren el ejercicio del derecho<sup>38 39</sup>.

*“Yo veo que el abogado que debe representar los derechos del niño debe...debe tener esas herramientas, no, no todos los abogados... Y, porqué, y porque no decirlo también, no todos los jueces cuentan con los conocimientos necesarios para abordar determinada situación” (Entrevista 04).*

## **2. Contenido de la capacitación: el problema del estándar**

En Chile no ha existido un diseño acerca de las capacidades, destrezas y conocimientos que deben alcanzar los actores de la justicia de familia para asegurar el derecho de NNA a ser oídos. Una explicación posible para ello es que, a pesar de los avances logrados en torno a la consagración de este principio como componente fundamental del interés superior del niño, no existen hasta el

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ, Andrea, “Análisis crítico del rol del curador ad litem en la justicia de familia”, Universidad de Chile, Santiago, 2017, pp. 26-41.

<sup>39</sup> BUSTOS, Andrea, *La representación judicial de los niños en los procedimientos protectores*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2019, pp. 38-41.

presente normas que determine la forma en que deba procederse al ejercicio de este derecho en todos los procedimientos en que puedan verse involucrados sus derechos, dejando actualmente un amplio ámbito de discreción al juez, en cuanto a la forma como han de ser oídos<sup>40</sup>.

No obstante, parece muy necesario de cara a la valoración de los involucrados en los procesos pedagógicos de la labor judicial, que se hubiese diseñado un plan con objetivos y respectivos indicadores, pues esto determinaría las necesidades formativas en coherencia con el perfil previsto o para realizar un desempeño adecuado o una mejora, e incluso, para favorecer la innovación en sus tareas<sup>41</sup>.

A propósito de la pandemia y durante ella, fueron varios los ejemplos de países en que no sólo se hizo ese trabajo, sino además se dispuso para la judicatura, al menos, de una serie de herramientas y recursos para nivelar y uniformar las experiencias en torno al trabajo telemático y en particular lo relativo a entrevistas de niños<sup>42</sup>.

Pareciera claro que debe existir un estándar de capacitación, que permita a todos los tribunales de un país otorgar un servicio de mismo nivel y rigor técnico y ético. En específico, los entrevistados consideran que la capacitación debe llegar con prioridad a los jueces puesto que los consejeros técnicos ya tendrían un nivel más afianzado de conocimientos. Luego de ello, la exigencia sería que se entregaran dicha capacitación estandarizada de forma permanente, sistemática y efectiva.

*“Creo que más allá de si es por zoom o no es por zoom... este tema necesita una metodología, necesita una estandarización y la presencialidad, al menos, asegura que lo hagamos”. (Entrevista 06)*

*“Yo creo que, la capacitación respecto y, y... a todos los actores, partiendo desde el juez, el consejero técnico, los señores abogados que participan en el proceso, la capacitación respecto de la niñez, de la etapa*

---

<sup>40</sup> BAEZA, Gloria y PÉREZ, Jaime, *Los Nuevos Tribunales de Familia, Procedimiento Ordinario*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

<sup>41</sup> GARCÍA AÑÓN, José, “La integración de la educación jurídica clínica en el proceso formativo de los juristas”, *REDU: Revista de Docencia Universitaria*, vol. 12, n° 3, 2014, p. 158.

<sup>42</sup> SANDERS, Anne, “Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic”, *International Journal for Court Administration*, vol. 12, n° 2, 2021, p. 12.

*evolutiva, la capacitación respecto de esto... que hace treinta años atrás nos dijeron en una convención; Que el niño es un ser humano, que tiene intereses sentimientos y que tienen derecho de encender reconocido en la tramitación de un proceso y el derecho más fundamental a participar, como sujeto de derecho...Yo creo que es eso esencial.” (Entrevista 04).*

Asegurar un estándar en todos los tribunales del país parece ser, desde un punto de vista general, un requisito de la garantía de acceso a la justicia y al debido proceso, pero en particular se erige como una exigencia del propio Derecho del NNA a ser oído<sup>43</sup>, de forma que, no se vea condicionado el ejercicio del derecho por el lugar de Chile donde se ventila el juicio, o el contexto en el que viva el niño, ni dependa solamente del magistrado o consejero de turno en la sala.

*“en ese sentido lo que uno ve a nivel nacional, es que ésta falta de estandarización y la... la... de alguna forma, de esta supuesta confianza, en que el juez de familia sabe hacer lo que hace... Lleva que los abordajes de los niños, de Arica a Punta Arenas son diametralmente opuestos, algunos sufren, lo pasan mal, otros no quieren ir más, otros se han abordado en salas de audiencia, otros no se sabe... lo que se habló con ellos, no se sabe cómo le habló el juez a él... porque precisamente el utilizar salas especiales o salas de videoconferencia, aseguraba que por ejemplo el consejero técnico se dirigiera al niño y el juez estuviera detrás de la, de la sala control, o al revés. Y, eso es precisamente para poder controlar la conversación, en el sentido de... emm... de alguna manera, el poder asegurar que el niño sea libre de decir lo que tiene que decir, de que las preguntas o la manera en que se le aborde sea abierta... no sea coactiva, no sea sugestiva...” (Entrevista 07).*

La sentida demanda de capacitación implica, para los entrevistados, contar con acceso a formación en herramientas interdisciplinarias que le permita abordar entrevistas en contextos muy diversos, el escenario de pandemia era uno de ellos, pero además destacan los contextos familiares y personales de los NNA que obligan a extremar los protocolos y los recursos para atenderlos de forma especial

---

<sup>43</sup> VARGAS, Macarena y CORREA, Paula, “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 17, n° 1, 2011, p. 179.

en situaciones de riesgo de vulneración, abandono, institucionalización y politraumatizados, entre otros.

El estándar requerido supone garantizar que el personal judicial cuenta con las competencias para discernir los contextos y atender idóneamente a los NNA, entre los que podemos señalar: saber llevar a cabo una entrevista, entender los distintos ciclos de desarrollo de la niñez para definir el grado de madurez del entrevistado y qué esperar de cada NNA, conocer las implicancias en el comportamiento y subjetividad de los NNA cuando han sido vulnerados en sus derechos, identificar los efectos del contexto social en el que las familias se desenvuelven sobre el comportamiento, autoestima, seguridad de sus hijos/as, capacidad valorativa para entender e incorporar en sus decisiones lo expresado por el NNA, entre otros.

En este mismo sentido, Byrnes (2011)<sup>44</sup> señala que la capacitación de los jueces debe considerar el proceso a través de los ojos de un niño, así como la capacitación en técnicas apropiadas de entrevista y las diversas etapas del desarrollo infantil.

*“...una... de las claves del trabajo que se está haciendo en penal es, que debe ser inter institucional, pero además interdisciplinario... o sea... El, él, él poder ser asertivos en la manera de enfrentar al niño, creo que depende mucho de como podemos mezclar...lo jurídico con la psicología del testimonio, porque con la psicología del desarrollo, desarrollo evolutivo, con fenomenología y con una serie de materias que son psico-forenses... por decirlo de alguna manera, o son jurídico-forenses... no sé... Es una mezcla, muy rara, pero que ha ido dando resultados, porque de alguna forma la preparación del sistema ha caído mucho sobre esta mezcla. Es decir, los que funcionamos así, hacemos funcionar el sistema, policías, carabineros, jueces, fiscales, etcétera” (Entrevista 07).*

---

<sup>44</sup> BYRNES, Patricia, “Voices of children in the legal process. Journal of Family Studies”, *Journal of Family Studies*, vol. 17, n° 1, 2011, p. 57.

### **3. Coherencia entre formación recibida y resultados del proceso**

*“Se tienen que dictar directrices, porque, me entiendes, si no aquí cada uno hace lo que quiere, como el far west” (Entrevista 01).*

Establecida la necesidad de diseñar un estándar que se pueda satisfacer, en el tiempo, con una oferta mínima y optativa de cursos de formación, capacitación y perfeccionamiento, corresponde observar con qué mecanismos y oportunidad los funcionarios serán medidos respecto de los resultados de su función.

Del estudio realizado, a la fecha de las entrevistas (agosto 2021) pareciera que el resultado no se alcanza, al menos no con los medios provistos hoy en materia de capacitación, al menos no en la medida en que los propios involucrados creen que debieran alcanzarlo. La subjetividad que conlleva esa apreciación se debe justamente a la ausencia de protocolos universales que, en línea con la estandarización de la formación inicial y capacitación o perfeccionamiento posterior, permita exigir a todos el cumplimiento de los mismos parámetros, como norma procedimental pero además como objetivo a evaluar de forma permanente, ojalá periódica.

La pregunta entonces por un protocolo para asegurar el ejercicio del derecho de NNA a ser oídos en la justicia de familia, se erige como una de las fundamentales a responder en el marco de este estudio. Al parecer los más de dos años de trabajo por medios telemáticos de los tribunales de familia no han tenido como producto la elaboración de protocolos oficiales durante la pandemia. La oportunidad para hacerlo sigue existiendo, la necesidad de tenerlo creemos que traspasa la modalidad de trabajo virtual pues la presencialidad que algún día llegará, o la mixtura que podría convertirse en norma, requieren también de un afianzamiento de la labor que cumplen magistrados y profesionales para escuchar a los niños.

Un protocolo de actuación tendría que contemplar al menos:

- Factores a considerar para definir si en un caso dado, una audiencia con NNA debe llevarse a cabo por audiencia remota o suspender para asegurar la comparecencia de niño y su abogado en audiencia presencial.
- Evaluación de circunstancias individuales del caso y las partes, incluyendo cual es la urgencia que demanda la materia a decidir, la capacidad o discapacidad del niño que será escuchado y si en base a ello existen los recursos materiales para atenderle de la mejor forma.
- Aseguramiento de medios tecnológicos y materiales
- Definir si el Derecho del niño a ser oído se ejercerá directa o indirectamente a través de su abogado o curador ad litem. Y en este último caso, las formas de asegurar que representante ha tomado conocimiento y se ha impuesto de la opinión del niño.
- Formalidades exigidas para dar a conocer y que el niño entienda las implicancias de expresar su opinión. Condiciones y formas convenientes para desarrollar la entrevista, teniendo siempre presente el interés superior del niño y aminorando todo riesgo para él.
- Tratamiento de la información recibida, formas de resguardar la confidencialidad de la entrevista con el NNA
- Evaluación de los resultados, vaciado de información, reflexiones de equipos de trabajo, incorporación en la decisión del tribunal.

En relación con la información disponible de otros países, extraña que no se haya tomado como una responsabilidad institucional, el hacer lugar a una iniciativa en torno a un protocolo oficial que, dos años después, ya pudiera estar operativo a nivel nacional, que pudiese aplicarse a tiempos de trabajo virtual pero que opere como un seguro también durante la presencialidad.

En las entrevistas realizadas, la referencia al cambio en la forma de funcionamiento de los tribunales aparece sólo problematizada en lo relativo a los medios tecnológicos materiales, y la poca experiencia personal, pero hay una ausencia de consideraciones que pasen por las complejidades de la nueva forma

de funcionamiento y la responsabilidad del empleador (Estado) último responsable de los servicios sociales y acceso a la justicia, que no aparece siendo quien abordó la capacitación digital de los funcionarios. Lo anterior cobra especial relevancia, puesto que estudios recientes dan exhaustiva cuenta de los desafíos de la introducción de diversos servicios sociales digitales, en línea y de otro tipo, entre ellos: cuestiones éticas complejas y de gestión de riesgos conexas. Dichas cuestiones tienen que ver en parte con la competencia del profesional, privacidad y confidencialidad del cliente, el consentimiento informado, terminación e interrupción de los servicios, documentación, entre otras<sup>45</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Los resultados del análisis de entrevistas a jueces y consejeros técnicos de tribunales de familia en Chile, constatan las dificultades para asegurar la debida participación y escucha de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de la justicia de familia durante la pandemia Covid-19. Pese a la eficaz implementación del teletrabajo y audiencias telemáticas que permitieron que en su mayoría los procesos judiciales no presentaran mayores retrasos; los participantes del estudio identifican dificultades estructurales y humanas para adecuarse al trabajo virtual tales como interrupciones en la conectividad, habilidades digitales, extensas jornadas de trabajo, número superior de audiencias y acumulación inédita de trabajo adicional producto de las medidas adoptadas por la emergencia sanitaria. Lo anterior influyó en general en el resultado de su trabajo y en particular en la atención y escucha adecuada de NNA.

Lo relevado en el estudio y en las entrevistas permiten concluir que es indispensable adoptar acciones para la debida preparación del personal judicial ante situaciones de emergencia y/o crisis, pero también dejan claro que un aspecto tan importante para la justicia de familia como es la participación en los procesos de NNA no estaba recibiendo la debida atención desde antes de la emergencia sanitaria, es decir, las falencias que dejó al descubierto el cambio en

---

<sup>45</sup> REAMER, Frederic, "Evolving ethical standards in the digital age", *Australian Social Work*, vol. 70, n° 2, 2017, p. 154.

el modo de trabajo dan cuenta de una falta de preocupación por las competencias y perfeccionamientos de jueces y otros funcionarios judiciales en la delicada misión de escuchar a los niños en los procesos, así como establecer protocolos y estándares para el personal judicial y otros colaboradores de la administración de justicia como los abogados de los niños, trabajadores sociales, psicólogos o curadores ad litem. La importancia del factor capacitación da cuenta de una demanda sentida por los actores del sistema no sólo en tiempos de pandemia sino con un alcance general en relación con el derecho del niño a ser oído.

En Chile, destaca la implementación de capacitaciones especiales de la entrevista investigativa - Ley N°21.057 y la elaboración del Protocolo de estándar destinados a operadores y funcionarios para hacer efectiva una entrevista con niños, niñas y adolescentes; así como la Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”<sup>46</sup> que contempla la capacitación de funcionarios para la realización de entrevistas con niños, niñas y adolescentes—especialmente aquellos del área penal y de familia—, diferenciada a la capacitación ya contemplada para Ley de entrevistas videograbadas<sup>47</sup>, sin embargo, a la fecha ello incide en la labor de los tribunales en lo penal más no se observa incidencia ni preocupación similar en la judicatura de familia ni a nivel formativo, como son los cursos de la Academia Judicial ni evaluativo de la labor judicial.

---

<sup>46</sup> PODER JUDICIAL. *Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Grupo de Trabajo de Infancia*. Santiago de Chile, Poder Judicial, 2020.

<sup>47</sup> PODER JUDICIAL. *Derecho de Niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia*. Santiago de Chile, Poder Judicial, 2015, pp. 60-72.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDREU, Lara y PEREDA, Noemí, “Revisión Sistemática de los Programas de Preparación al juicio para niños, niñas y adolescentes víctimas”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2022, Avance online. <https://doi.org/10.5093/apj2022a16>

BAEZA, Gloria y PÉREZ, Jaime, *Los Nuevos Tribunales de Familia, Procedimiento Ordinario*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

BUSTOS, Andrea, *La representación judicial de los niños en los procedimientos protectores*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2019.

BERRICK, Jill, DICKENS, Jonathan, PÖSÖ, Tarja y SKIVENES, Marit, “International perspectives on Child friendly courts”, *International Journal of Children’s Rights*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 251-277.

BLASCO, Francisco de Paula, “Sobre la necesidad de formación de los jueces”, *Revista Jueces para la democracia*, n° 38, 2000, pp. 17-24.

BYRNES, Patricia, “Voices of children in the legal process. Journal of Family Studies”, *Journal of Family Studies*, vol. 17, n° 1, 2011, pp. 44-58.

BRUER, Kaila, WILLIAMS, Shanna y EVANS, Angela, “Lawyers' experience questioning children in Canadian court”, *Child Abuse & Neglect*, n° 134, 2022, 105930.

CAMPBELL, Sydney, CICERO, Carlo, SAINI, Manav, ATTARAN, Nona, MAKANSI, Nora, PASSOS DOS SANTOS, Raissa, PUKUMA, Shilni y CARNEVALE, Franco, “Impacts of the COVID-19 pandemic on children: An ethical analysis with a global-child lens”, *Global Studies of Childhood*, vol. 11, n° 1, 2021, pp. 105-114.

COLEGIO DE ABOGADOS. “Encuesta sobre audiencias de alegatos en las Cortes de Apelaciones”, 2022. Disponible en: <https://colegioabogados.cl/wp->

<content/uploads/2022/08/Resultado-Encuesta-Funcionamiento-Cortes-julio-2022.pdf>

COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General No. 12, El derecho de los niños a ser escuchados*, 2009, Consultado 28 de diciembre de 2022 en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.doc>

CORTE SUPREMA. *Auto acordado para la aplicación de los artículos 47 D y 68 Bis de Código Orgánico de Tribunales*. Auto acordado N°258 de 16 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1186599>

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ. “Informe anual 2019: Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile”. Capítulo 2: Derecho a ser oído. Defensoría de la Niñez, Santiago de Chile, 2019. Disponible en: [https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/docs/II\\_cap2\\_2019\\_derecho\\_oido.pdf](https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/docs/II_cap2_2019_derecho_oido.pdf)

DE VOCHT, Dorris, “Trials by video link after the pandemic: the pros and cons of the expansion of virtual justice”, *China-EU Law Journal*, n° 8, 2022, pp. 33-44.

FORDE, Louise, “The role of the courts in protecting children's rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, vol. 61, n° 2, 2022, pp. 240-260.

GAL, Tali y DURAMY, Benedetta, *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

GARCÍA AÑÓN, José, “La integración de la educación jurídica clínica en el proceso formativo de los juristas”, *REDU: Revista de Docencia Universitaria*, vol. 12, n° 3, 2014, pp. 153-175.

GONZÁLEZ, Andrea, “Análisis crítico del rol del curador ad litem en la justicia de familia”, Universidad de Chile, Santiago, 2017. En: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146474>.

GRANEHEIM, Ulla y LUNDMAN, Berit, “Qualitative content analysis in nursing research: concepts, procedures and measures to achieve trustworthiness”, *Nurse Education Today*, vol. 24, n° 2, 2004, pp. 105-112.

HEARD, Genevieve, BICKERDIKE, Andrew y OPOKU, Sandra, “Remote family dispute resolution services for Covid and post-Covid times: Client and practitioner perspectives”, *Family Court Review*, vol. 20, n° 2, 2022, pp. 220-240.

HERNÁNDEZ, Roberto, FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar, *Metodología de la Investigación*, McGraw Hill, México, 2006.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Antonio, “El menor, víctima en el proceso penal. Aspectos psicológicos y tratamiento”, *Protección de menores en el Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 12, 1998, pp. 13-63.

KLEMFUSS, Zoe y CECI, Stephen, “Legal and psychological perspectives on children’s competence to testify in court”, *Developmental Review*, vol. 32, n° 3, 2012, pp. 268-286.

LANSDOWN, Gerison, *Every child’s right to be heard: A resource guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment no. 12*, Save the Children UK, UK, 2011.

LANSDOWN, Gerison, JIMERSON, Shane y SHAHROOZI, Reza, “Children's rights and school psychology: Children's right to participation”, *Journal of School Psychology*, vol. 52, n° 1, 2014, pp. 3-12.

LA TERCERA. *Sólo un 28% de los funcionarios del Poder Judicial trabaja presencial a dos años de iniciada la pandemia*, 26 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/solo-un-28-de-los-funcionarios-del-poder-judicial-trabaja-presencial-a-dos-anos-de-iniciada-la-pandemia/DBYZ2ZFUEZE5FHGHNO7BDVB2VU/>

LIMANTĖ, Agne, VAIČIŪNIENĖ, Ruta, APOLEVIČ, Jolanta, “Child-Friendly Legal Aid and Individual Assessment of Children in Conflict with the Law:

Building the Basis for Effective Participation”, *Int J Environ Res Public Health*, vol. 19, n° 1, 2021, pp. 1-17.

LYNCHY, Nessa y KILKELLY, Ursula, “Zooming In’ on Children’s Rights During a Pandemic: Technology, Child Justice and covid-19”, *The International Journal of Children’s Rights*, vol. 29, n° 2, 2021, pp. 286-304.

MACDONALD, Amy, “Researching with Young Children: Considering Issues of Ethics and Engagement”, *Contemporary Issues in Early Childhood*, vol. 14, n° 3, 2013, pp. 255-269.

NATHANSON, Rebecca y SAYWITZ, Karen, “The effects of the courtroom context on children’s memory and anxiety”, *Scholarly Works*, n° 819, 2003.

PARKES, Aisling, *Implementation of Article 12 in Family Law Proceedings in Ireland and New Zealand: Lessons Learned and Messages for Going Forward*, International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies, New York, Oxford Academic, 2015.

PODER JUDICIAL. *Cuenta Pública 2022*, 2022, Disponible en: <https://www.pjud.cl/transparencia/cuentas-publicas>

PODER JUDICIAL. *Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Grupo de Trabajo de Infancia*. Santiago de Chile, Poder Judicial, 2020.

PODER JUDICIAL. *Derecho de Niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia*. Santiago de Chile, Poder Judicial, 2015. Disponible en: [https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Guia\\_ninos.pdf](https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Guia_ninos.pdf).

REAMER, Frederic, “Evolving ethical standards in the digital age”, *Australian Social Work*, vol. 70, n° 2, 2017, pp. 148-159.

RICHARDSON, Kayliegh, SPEED, Ana, THOMSON, Callum y COAPES, Rachel, “Covid-19 and the family courts: hey practitioner findings in children cases”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 43, n° 4, 2021, pp. 414-438.

RUSH, Elizabeth, QUAS, Jodi y MCAULIFF, B Bradley, “Child witnesses’ experiences of distress in criminal court: Sources, consequences, and solutions”, en AAVV.: *Stress, Trauma, and Wellbeing in the Legal System* (eds. MILLER, Mónica y BORNSTEIN, Brian), American Psychology-Law Society Series New York, Oxford Academic, 2012.

SANDERS, Anne, “Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic”, *International Journal for Court Administration*, vol. 12, n° 2, 2021, pp. 1-21.

SHEAHAN, Francis, *Child-friendly courthouses in Turkey. Guidance on International and Regional Law, Standards and Implementation*. International Children’s Center, Ankara, 2021.

TAP, Pauline, “Judges are human too: conversation between the judge and the child as a means of giving effect to section 6 of the Care of Children Act 2004”, *New Zealand Law Review*, n° 1, 2006, pp. 35-74.

TISDALL, Kay, “Children’s wellbeing and children’s rights in tension?”, *International Journal of Children’s Rights*, n° 23, 2015, pp. 769-789.

VARGAS, Macarena y CORREA, Paula, “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 17, n° 1, 2011, pp. 177-204.

## CAPÍTULO IX

### Naturaleza de la opinión del niño en los procesos de separación de los padres

*Rafael Villavicencio Piña*

*Universidad Católica Andrés Bello (VENEZUELA)*

**SUMARIO: I. GENERALIDADES. II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL. III. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES DE LA OPINIÓN. IV. CASOS INTERNACIONALES DE INTERÉS. 1. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. 2. Restitución Internacional. V. NATURALEZA PROCESAL DE LA OPINIÓN. VI. VALOR Y ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. GENERALIDADES**

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, por las Naciones Unidas, al adoptarse la Doctrina de la Protección Integral<sup>1</sup>, se realizó un cambio de la forma cómo debe comprenderse a los niños en el ordenamiento jurídico, al considerarlos sujetos de derecho, titulares directos de derechos entre los que destaca el de opinar y ser oído en los procesos que le conciernen, que debe ser ejercido en consideración a su autonomía progresiva e interés superior.

---

<sup>1</sup> Vid. O´DONELL, Daniel, “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 119-161, señala que son tres bases sobre los cuales se construye la Doctrina de la Protección Integral, la primera el reconocimiento del niño como sujeto de derecho; la segunda, derecho a la protección especial; y la tercera, el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral.

La opinión ha sido considerada sin duda un derecho sustantivo; sin embargo, existe un ámbito no tratado a profundidad, y es su naturaleza procesal. Es lugar común de la doctrina y jurisprudencia del derecho de familia la obligación del juez de oír al infante, la que además se considera una guía en la decisión, pero ¿Cómo debe llevarse a cabo esa escucha? ¿qué valor tiene la opinión? ¿cómo debe argumentarse en la sentencia la expuesto por el niño?

## **II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL**

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce una serie de derechos que determinan las bases para la participación de los infantes en el desarrollo de su vida, es decir, en su condición de ciudadano, lo que implica manifestar su voluntad en todos los procesos donde tengan interés.

Esa participación está regulada en los artículos doce al diecisiete del mencionado tratado, que consagran los siguientes derechos: a expresar libremente su opinión; libertad de expresión; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de asociación y celebración de reuniones pacíficas; protección de la vida privada y a la información, de cuyo seno surge el respeto a las opiniones de los niños como un derecho fundamental para garantizar el ejercicio de otros.

El derecho a opinar y ser oído se encuentra regulado expresamente en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual dispone:

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

o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

De esta regulación se desprende el mencionado derecho a opinar y ser oído, que supone tres aspectos, por una parte, la posibilidad de exponer su opinión; que dicha opinión sea escuchada por el órgano competente y, además, que ésta sea debidamente tomada en cuenta, es decir, que se valore en las decisiones, lo que en el ámbito jurisdiccional genera una carga argumentativa al juez.

Estos aspectos guardan una relación de interdependencia, puesto que la ausencia o perturbación de cualquiera afecta a los otros dos; por ejemplo, si la opinión es dada frente a un funcionario distinto al juez ésta se habría manifestado, pero no se habría escuchado.

Este derecho se constituye en uno de los principios formativos fundamentales en los procesos de familia, y es un requisito fundamental para valorar si el interés superior del niño realmente ha sido ponderado en la decisión de que se trate.

Así las cosas, se debe garantizar al infante la posibilidad de expresar su opinión en todo proceso bajo condiciones idóneas. Todo esto con el objeto de reconocerlo como un auténtico sujeto de derecho, quien debe poder ejercer progresivamente los derechos consagrados en favor de los adultos, en atención a su desarrollo evolutivo. Lo que en definitiva permite la materialización efectiva de otros dos principios como lo son el Interés Superior del Niño y la Autonomía Progresiva.

### **III. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES DE LA OPINIÓN**

La opinión puede abordarse desde una triple perspectiva: 1) como derecho subjetivo, 2) como principio orientador del ordenamiento de los infantes y 3) procesalmente. Es este último punto el que se quiere colocar de relieve en la presente investigación, que a su vez tiene distintas aristas: su incorporación al proceso, su fijación en el mismo, valor que se le otorga y su debida argumentación en la sentencia.

Así, su incorporación depende necesariamente de la obligación del juez de fijar una oportunidad, cuya omisión trae como consecuencia la nulidad del proceso. Acto que debe cumplir con ciertas características, en la mayoría de los ordenamientos se fija una audiencia entre el infante y el juez<sup>2</sup>, para lograr la inmediatez.

Es un requisito fundamental la formación del juez, pues el derecho de la infancia requiere que éste pueda llevar a cabo de la mejor manera la interacción con el infante e incluso determinar cuándo requiere de apoyo de otra clase de profesionales, por ejemplo, psicólogos o un traductor en caso de que el niño tenga un idioma distinto, o para entender la cultura de su país de origen, que resulta idóneo en los asuntos de carácter migratorio.

La escucha debe necesariamente constar en el expediente, para lo que se necesita un modo de incorporación al proceso, lo ideal es que se deje constancia a través de instrumentos audiovisuales y el acta respectiva, lo que permitirá su revisión en la oportunidad de decidir y, adicionalmente, ser revisado por los superiores en caso de que se interpongan recursos en contra de la decisión tomada.

En este mismo sentido la opinión debe escucharse en condiciones adecuadas, con especial énfasis al lugar, vestimenta de los funcionarios y la forma de comunicación, así el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 12, párrafo 34, señaló que:

No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información [en un lenguaje claro y sencillo], la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal,

---

<sup>2</sup> En Venezuela por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia dictó “Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección”. Del 25 de abril de 2007. En España se reguló por primera vez en la Ley 1/1996, de Protección del Menor, específicamente en su artículo 9, con reformas posteriores; pero que muestra el desarrollo que han ido realizando los distintos ordenamientos.

la vestimenta de los jueces y abogados [...] y salas de espera separadas

El segundo aspecto como puede abordarse la opinión es considerarla como principio orientador del ordenamiento jurídico infantil, de forma tal que en todo caso donde haya que tomar una decisión que pueda afectar la vida o interés de un infante, debe considerarse la opinión como un factor necesario, y tener una idea pro participación del infante en todos los asuntos que le conciernan.

Por último, desde el punto de vista procesal la valoración del derecho a opinar tiene una preponderancia fundamental en la sentencia, pues es allí donde se materializa que la opinión fue efectiva, válidamente escuchada y considerada por el órgano jurisdiccional.

Es por ello que se estima en la presente investigación que, en el caso de la separación de los progenitores, el infante se constituye por una parte con una especie de testigo *sui generis* que el juez tiene la obligación de valorar en cuanto a la expresión que haga de la realidad familiar, y, adicionalmente, tiene un valor de derecho que debe ser garantizado como materialización del derecho a una tutela judicial efectiva del infante.

Todo lo que permite que su actuación cumpla un rol fundamental en la determinación de la custodia, por ejemplo, es de difícil cumplimiento una decisión que decrete una medida de convivencia a favor de un progenitor con quien un adolescente de diecisiete años no quiere vivir.

De allí, que se sostenga que la labor jurisdiccional pasa por tres fases: fijación de la oportunidad para ser oído, el acto de escucha en sí mismo y la valoración en la sentencia.

#### **IV. CASOS INTERNACIONALES DE INTERÉS**

La relevancia de la opinión ha trascendido al ámbito de competencias internacionales y dentro de ésta estudiaremos dos casos relevantes, por una parte, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una

situación de una madre e hijas contra el Estado de Chile; y el segundo caso relacionado con las restituciones internacionales.

### **1. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**

Este caso vincula con la responsabilidad internacional del Estado de Chile por el trato discriminatorio, interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

En relación con el derecho a opinar la Corte señaló que el aplicador del derecho debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. Consideró igualmente que los infantes deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean.

En el análisis del caso la Corte estudió pormenorizadamente las sentencias de las distintas instancias, observando que en la oportunidad de ser escuchadas las hijas en primera instancia tuvieron “una leve preferencia por la figura materna”, lo que incluso fue desestimado por el juzgado a la hora de fijar la custodia en virtud que:

por su corta edad no están en condiciones de emitir un acertado juicio acerca de la situación que las rodea y teniendo presente además que la opinión de las menores [de edad] puede verse afectada artificialmente por factores externos que las influencien, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto

Circunstancia que más allá de ser correcta o no en cuanto al fondo de la valoración fue importante, pues se cumplió con el deber de escuchar y valorar la opinión, lo que no ocurrió en las instancias superiores, tal como quedó establecido en dicha sentencia al indicar:

la Corte nota que en el expediente de tuición no obra prueba de que las niñas fueran escuchadas nuevamente por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el marco del recurso de queja, ni tampoco hay mención alguna en la sentencia de la Corte Suprema respecto a la decisión de apartarse de la voluntad que las niñas habían manifestado dentro del proceso.

La Corte Interamericana consideró que no era necesario llevar a cabo un nuevo acto de escucha, sino que lo relevante era que el “testimonio” debía ser tenido debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, en función de la edad y capacidad del niño.

En la decisión la Corte Interamericana estableció la necesidad de motivación que debe realizar el juez en atención a la opinión de las niñas, que en este caso se habían manifestado a favor e la progenitora, no pudiendo limitarse el órgano jurisdiccional a alegar la persecución del Interés Superior del Niño como instrumento para obviar la debida motivación vinculada con la opinión dada por las infantes, en ese sentido el órgano indicó:

la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño

Lo que en definitiva se constituyó en una vulneración al derecho a ser oídas y ser debidamente tomadas en cuenta que asistía a las niñas.

Así entonces queda claro que la opinión de los niños, además de ser recabada y fijada en el expediente debe ser valorada por todas las instancias a las que corresponda conocer el caso. Lo que nace incluso en el seno de la familia en el día a día, donde se forma a los ciudadanos, en las escuelas y más aún en los casos jurisdiccionales, donde los jueces no pueden desatender esa obligación en ninguna instancia o bajo el conocimiento de recurso alguno, ordinario o extraordinario, pues allí se ve garantizada la tutela judicial efectiva y la concreción de los principios del derecho de infancia.

## **2. Restitución Internacional**

En los casos de restitución internacional, donde uno de los aspectos que se debe establecer previamente es que el progenitor que solicita la restitución haya tenido la custodia del infante a la hora de producirse es traslado ilícito o la retención indebida, La Convención sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores, Artículo 13, La Haya, 1980 ha establecido en su artículo 13, Párrafo 4, Lo siguiente

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones

Es tal la trascendencia de la opinión de los niños en casos vistos en la práctica se ha observado que, al existir una oposición intensa del niño o adolescente a ser retornado, a pesar de las medidas coercitivas la ejecución resulta impracticable,

ya que éstos pueden impedir el despegue del avión o causar que se aborte el vuelo; o que por resulte imposible la convivencia determinada en contra de su voluntad<sup>3</sup>.

Así se está en presencia de casos donde uno de los progenitores ha infringido la normativa legal de custodia, bien por un traslado ilícito o una retención indebida; que en principio supone una sentencia en su contra que opera de pleno derecho, al punto que el decreto de retorno es casi automático y las excepciones a dicha decisión son escasas (peligro de retorno y la opinión), a pesar de ello el juzgador debe analizar el caso más allá de la simple solicitud del custodio que se vio privado de su hijo y analizar la opinión que el infante de en el proceso.

## V. NATURALEZA PROCESAL DE LA OPINIÓN

La opinión del infante tiene una naturaleza que supone dos aspectos, por una parte, es un derecho que debe ser garantizado relacionado con la tutela judicial efectiva del proceso a favor del infante y, adicionalmente, debe ser considerado un medio de prueba *sui generis* en el caso de las separaciones, debido a que a través de ella el titular revela parte de la dinámica familiar.

No existe una identidad con la testimonial clásica, pues las diferencias son notorias, en este caso estamos ante una prueba jurisdiccional (es el juez quien la fija), adicional no se recaba con control y contradicción de las partes, esto como aspectos principales, pues es en definitiva el juez quien posee plenas facultades al respecto, quien como se señaló debe recabarla en audiencia privada, en un ambiente distendido, sin preguntas directas, sino más bien en una conversación, incluso la forma de la escucha debe prepararse con anticipación en atención a las particularidades del caso: edad del niño, conflicto entre los progenitores.

Adicionalmente, la opinión del infante en cuanto al fondo del asunto controvertido donde tiene interés, tal como se señaló al principio de este punto es una arista del derecho a tutela judicial efectiva, por lo que el juez tiene el deber

---

<sup>3</sup> Caso citado por CELIS AGUILAR, María Mayela, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia*”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020, pp. 240-241.

de considerarlo en su decisión de fondo, con la debida motivación y argumentación.

## **VI. VALOR Y ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ**

La opinión tiene su momento más importante en su fijación en la sentencia, donde el juez debe plasmar el valor que le otorgó a ésta, es decir, donde se verifica que fue considerada. La primera observación que debe realizarse en este sentido es que no basta con las frases genéricas tales como: estimada la opinión del infante o atención al interés superior del niño; pues debe cumplir con la carga argumentativa de cada caso.

Es común en la práctica jurídica que se indique que la opinión es una guía para la decisión. La Real Academia Española define *guía* como “Aquello que dirige o encamina”, concepto que extraprocesalmente tiene sentido; sin embargo, no es el término procesal que permite su fijación a la hora de decidir, es por ello que resulta necesario establecer la figura para su incorporación y valoración en el proceso, a fin de evitar arbitrariedades, y que el término se constituya en un caballo de Troya del derecho del infante.

Que se establezca como una guía o una mera mención no le otorga ningún valor, por eso es necesario que se le determine una condición procesal idónea para su incorporación. Así el juez debe entender que la declaración del infante se constituye, por una parte, como fuente de prueba respecto de la realidad familiar y, por otra parte, es una propuesta de solución del asunto relativo al infante cuando éste así lo indica, por ejemplo, al decidir con cuál de los progenitores quiere vivir.

Como fuente de prueba debe ser incorporado en la forma de testigo, con su respectiva valoración en la sentencia en relación con los hechos que narre, y además la opinión como forma de solución impone al juez una carga argumentativa en la solución del fondo de la controversia.

Así el perito Miguel Cillero en el caso *Atala Rifo e hijas vs Chile* (expediente de fondo, tomo II, folios 935, 939, 940) indicó que:

Existe la obligación de las autoridades estatales de considerar su opinión dentro de la deliberación que conduce a una decisión que afecta a los niños. Los adultos que son responsable de la decisión no deben decidir arbitrariamente cuando el niño dice algo relevante para la decisión. [...] Si los niños son lo suficientemente desarrollados en sus opiniones y visiones, ellas deberían prevalecer respecto a asuntos que los afectan, salvo razones muy calificadas en contra. Esto quiere decir que si las opiniones de los niños aparecen fundadas, precisas, con suficiente conocimiento de los hechos y consecuencias que implican, deben prima facie prevalecer sobre otras argumentaciones para determinar la decisión que afectará al niño en cuanto a los hechos y estados que se refieran a él mismo. Este primado viene exigido por el principio del interés superior del niño del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior no quiere decir que siempre van a coincidir la determinación del interés superior del niño en el caso concreto con las opiniones del niño, aun cuando el niño tenga la edad y madurez para formarse su juicio propio. El juez o el responsable del procedimiento deben evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión del niño

El citado experto expone que se debe estudiar las condiciones particulares del infante y en caso de tener suficiente discernimiento, de forma tal que se verifique fundada, se debe respetar su opinión y para alejarse de ella el juez tiene una carga argumentativa mayor.

Es de suma importancia la expresión que el infante haga, al punto de existir estudios como el de THOMAS y O´KAINÉ, quienes, en torno a los planes de

cuidado de niños en Inglaterra y Gales, advierten sobre la creencia de que los adultos saben mejor que los niños cuáles son los intereses de los niños y que los profesionales seguramente conocen mejor que sus “clientes” cuáles son los intereses de estos. Estos autores señalan que hay pruebas que muestran que los niños pueden ser mejores jueces y más consistentes que los adultos para determinar lo que es importante en sus vidas<sup>4</sup>.

Así mismo, MASON señala que hay tres etapas en el desarrollo de los niños que pueden ayudar al juez a conocer que peso otorgarle a la opinión en la decisión dilucidar este tema, dicha autora considera que en la etapa adolescentes es decir a partir de los catorce años, los operadores, debieran honrar la opinión, mientras que, de seis a catorce años debe contarse con especialistas y antes de los seis años valorar la opinión resultaría muy complejo. No se considera en esta investigación que sea tan sencillo establecer parámetros claros y fijos de edad para saber cuán se está en presencia de una opinión fundada, pero es un punto de partida a la hora del juez argumentar<sup>5</sup>.

El perito García Méndez en la audiencia pública celebrada en el presente caso el 23 de agosto de 2011, en el caso Atala Riffo Vs Chile indicó la necesidad del juez argumentar en caso de no acoger la opinión del niño, dicho doctrinario expresó que:

hay que construir en forma muy sofisticada, argumentos para eventualmente oponerse a lo que sea esta opinión de los niños. [L]a opinión de los niños automáticamente no produce jurisprudencia [...]. Pero también la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda

De manera tal que en la sentencia se impone al juez la obligación de establecer con detalle la opinión del infante. En primer lugar, debe establecer claramente su opinión en cuanto a la relación familiar; a partir de allí determinar la voluntad del infante en cuanto al asunto controvertido; analizar las distintas aristas de la

---

<sup>4</sup> Cfr. THOMAS, Nigel y O'KAINE, Claire, “When children's wishes and feelings clash with their ‘best interests’”, *International Journal on Children Rights*, vol. 6, n° 2, 1998.

<sup>5</sup> Cfr. MASON, Mary Ann, “¿Una voz para el Niño?”, *Revista de Derechos del Niño*, n° 2, 2003, pp. 115-137.

realidad infantil como, por ejemplo: la edad, desarrollo evolutivo, forma de expresión (verbal, en dibujos). Es un trabajo que requiere mística y dedicación; pero es la forma como se puede asegurar que el proceso de separación realmente obtenga una tutela judicial efectiva, recordando, por ejemplo, que son estas circunstancias las que permitirán dejar un régimen de abierto, custodia compartida o parámetros claros y cerrados en virtud de la poca comunicación entre los padres.

No se considera que la división de evolución y edades tenga un límite claro, pues se sabe que cada infante tiene un desarrollo evolutivo distinto; sin embargo, lo que sí queda claro es que el juez tiene la carga argumentativa de valorarla en la sentencia de forma sistemática junto con el resto del acervo probatorio, lo que puede hacer por medio de la sana crítica, vinculándolo con lo expuesto y probado por los padres a lo largo del proceso.

En consecuencia, la valoración debe al menos atender a dos criterios:

- Uno objetivo (la edad).
- Otro subjetivo (el desarrollo evolutivo).

Así el juez está en la obligación de construir un argumento que tenga como premisa principal la opinión del infante, donde se establezca esta como idea central en atención a su edad, desarrollo evolutivo, y de allí establecer porqué con bases en criterios objetivos su planteamiento es correcto o incorrecto, en la idea que existe una carga en favor de lo expuesto por el infante, de manera tal que si desea construir una idea contraria al planteamiento de éste, el juez, más allá de un simple “se decidió en atención a su interés superior”, debe realizar una estructura argumentativa sólida que indique parámetros, legales, probatorios y psicológicos que permitan el escrutinio de su decisión.

## BIBLIOGRAFÍA

CELIS AGUILAR, María Mayela, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia*”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020, pp. 209-249. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8476>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC 17-02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, de 28 de agosto de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso: Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores, Artículo 13, La Haya, 25 de octubre de 1980.

LEY 1/1996, de Protección del Menor, España, de 15 de enero 1996.

MASON, Mary Ann, “¿Una voz para el Niño?”, *Revista de Derechos del Niño*, n° 2, 2003, pp. 115-137.

O’DONNELL, Daniel, “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 119-161. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf> (consulta: 30 de diciembre de 2022).

ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989.

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, 20 Julio 2009

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es> (consulta: 06 de febrero de 2023).

THOMAS, Nigel y O'KAINÉ, Claire, “When children's wishes and feelings clash with their ‘best interests’”, *International Journal on Children Rights*, vol. 6, n° 2, 1998.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA. “Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección”, de 25 de abril de 2007



## CAPÍTULO X

### **Accesibilidad al proceso y menores de edad: desde la figura del facilitador hasta las resoluciones “de lectura fácil”**

*Silvia Durán Alonso*

*Universidad Católica de Murcia – UCAM (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. EL LENGUAJE JURÍDICO COMO LENGUAJE TÉCNICO. II. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO. III. LA ACCESIBILIDAD AL PROCESO DE LOS MENORES DE EDAD. IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACTOS PROCESALES ESCRITOS: LAS SENTENCIAS DE LECTURA FÁCIL. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. EL LENGUAJE JURÍDICO COMO LENGUAJE TÉCNICO**

Podemos considerar al lenguaje jurídico como un lenguaje específico, o si se prefiere, “lenguaje sectorial”, entendido como lenguaje especial utilizado en una determinada actividad o profesión. Concretamente, estamos ante un lenguaje que es empleado por juristas, y por ello de carácter fundamentalmente técnico, aunque necesario, al estar integrado por vocablos específicos, inexistentes en otros ámbitos. Aparte de por un léxico propio, el lenguaje jurídico se caracteriza por estar estructurado de una forma rígida, al emplearse habitualmente esquemas invariables fijados de antemano, según el tipo de escrito o documento ante el que nos encontremos (recurso ante un ente administrativo, contrato, resolución judicial, etc.), así como por la utilización de una terminología de aire más bien conservador, compuesta por los ya referidos frecuentes tecnicismos,

amén de fórmulas y frases hechas, raramente utilizadas en la lengua común o estándar<sup>1</sup>.

En definitiva, son recursos gramaticales y léxicos propios del lenguaje jurídico: el empleo de tecnicismos (usufructo, fideicomiso, legitimación...), el uso frecuente de aforismos latinos (*de cuius, iuris tantum, de iure, stricto sensu, in fine...*), expresiones lexicalizadas (en cumplimiento de, de conformidad con lo dispuesto, a tenor de lo establecido) y de oraciones en forma pasiva. Asimismo, se caracteriza por cierto abuso del empleo subjuntivo, tanto simple como compuesto (si el deudor cumpliere; si al expirar dicho plazo hubiere abonado), de pronombres átonos pospuestos (determinése el pago de costas), y de un uso abundante del gerundio. Además, con el empleo de pronombres, o de otros sustitutivos del nombre, tales como “el demandado”, “las partes”, el recurrente” se atribuye a los escritos cierto carácter impersonal. Todo lo anterior se traduce en una enrevesada sintaxis.

Así, los diferentes textos jurídicos (normas jurídicas, resoluciones judiciales, demandas...) tienen una estructura fija, debido al empleo de expresiones o términos de carácter formulario o ritual. El uso de tales fórmulas, heredadas de la tradición, son necesarias a efectos de la organización de estos escritos, ya que facilitan una lectura rápida de tales documentos y dan homogeneidad a su estructura. A tales efectos, encontramos fórmulas de encabezamiento (a la atención de, el abajo firmante), de enlace (considerando), de planteamiento (solicito, suplico) o de conclusión (parte dispositiva, fallo). Por ello, según el escrito o texto jurídico de que se trate, deberá cumplir unos caracteres concretos a los que debe adaptarse, razón por la que es frecuente el empleo de formularios, ya preparados<sup>2</sup>.

En cuanto al lenguaje jurídico oral, en los juicios u otros actos ante un Tribunal, se dan inconsciente o conscientemente, dos tipos de relaciones comunicativas: la existente entre profesionales y la que tiene lugar entre operadores jurídicos y justiciables. Normalmente, la primera tiene lugar empleando un lenguaje

---

<sup>1</sup> DE MIGUEL APARICIO, E., “El texto jurídico-administrativo. Análisis de una orden ministerial”, *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación*, nº 4, 2000.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

especializado, de carácter técnico y difícilmente comprensible para personas ajenas al mundo jurídico; la segunda, se produce cuando los profesionales se dirigen a los ciudadanos intervinientes, utilizando un lenguaje más coloquial, que éstos puedan entender. Ahora bien, ciertamente, el primero se utiliza preferentemente frente al segundo, de modo que el justiciable se ve relegado a un segundo plano.

Así, con frecuencia el ciudadano es objeto de preguntas formuladas de forma demasiado técnica, que si bien para los profesionales intervinientes son rutinarias y propias del lenguaje que emplean diariamente en el ejercicio de su profesión, para una persona ajena resultan extrañas, más aún si se trata de un menor, de modo que no entiende lo que se le refiere y debe reformulársele la cuestión, incluso varias veces, lo que, unido al hecho de que la persona se encuentra en un entorno que le es ajeno o incluso, en cierto modo, hostil, como es un juzgado, provoca en éste una inevitable sensación de inseguridad. Todo ello genera un problema que no puede obviarse, ya que las declaraciones de la persona que interviene en un proceso, ya sea como parte, testigo o acusado, tienen consecuencias jurídicas que le afectan a él o a terceros en mayor o menor medida.

De este modo, aunque el lenguaje jurídico proporciona una comunicación eficaz entre operadores jurídicos, como contrapartida, también puede suponer una barrera comunicacional, como es el caso en el que un menor interviene en un proceso judicial. Por todo ello, parece conveniente que, en general, las interacciones con personas ajenas, no profesionales que intervienen en un proceso, muy especialmente si son menores de edad, se lleve a cabo empleando un lenguaje no especializado, evitando así una falta de comprensión que haría necesario reiterar, de forma simplificada, la formulación inicial<sup>3</sup>. Y es que las singulares características del lenguaje jurídico deberían ser compatibles con la claridad de lo que se expone, ya que, además de a los profesionales del Derecho, también tiene como especial destinatario a la ciudadanía en general<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> *Estudio de campo: lenguaje oral*. Comisión para la modernización del lenguaje jurídico, Ministerio de Justicia, 2015, <https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2015/10/CMLJ-Lenguaje-oral.pdf>

<sup>4</sup> BESTUÉ SALINAS, C. y OROZCO, M., “La necesidad de la naturalidad en la reformulación en traducción jurídica en la era de la automatización’ de las traducciones”, *The Journal of Specialised Translation*, 15, 2011, p. 183.

## II. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO

El artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño dispone que, si el Estado somete al menor a un procedimiento, debe garantizar su efectiva participación en el mismo. Ello supone la necesidad de que los procesos en los que intervengan menores sean transparentes, de modo que se garantice que el niño o adolescente entiende su objeto y naturaleza, así como los derechos que le asisten.

El artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) reconoce el derecho de éste a ser oído y escuchado “en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social”, debiendo tomarse en cuenta su opinión al respecto, a cuyos efectos se le facilitará la información necesaria de forma que le resulte comprensible. En definitiva, la opinión, deseos y necesidades de los niños y adolescentes, como personas que deben ser objeto de una especial protección, deben ser atendidas y tomadas en cuenta por aquellos con competencia para adoptar decisiones que les vayan a afectar en algún ámbito de su vida<sup>5</sup>.

Jurídicamente, consideramos que un proceso ha dado lugar al dictado de una resolución justa si y solo si dicho proceso, en el seno del cual se haya dictado la resolución, también se ha seguido de forma justa. A tales efectos, si atendemos a “cómo se juzga”, convendremos que es necesario vigilar el desempeño de la justicia cuándo ésta afecta a los menores, ya sea en el orden penal, si han sido víctimas de algún hecho delictivo, ya sea en el orden civil, especialmente si estamos ante procesos de familia en los que los menores pueden verse directamente afectados. En uno u otro caso, debe prestarse especial atención a dos cuestiones importantes:

- i) la consideración del interés superior del menor interviniente como cuestión que debe valorarse con carácter primordial, independientemente de la clase de proceso ante la que nos

---

<sup>5</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 19, enero-diciembre 2005, p. 167

encontremos<sup>6</sup>; este interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, que exigirá la ponderación por parte del Tribunal, en cada caso concreto, de las circunstancias concurrentes, y

- ii) la exigencia de que las distintas actuaciones o comparecencias que tengan lugar en los procedimientos judiciales en que intervengan menores, se realicen de “forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si es necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando su intimidad y utilizando un lenguaje que le sea comprensible” –según dispone el art. 9 LOPJ-7.

En este mismo sentido, el artículo 36 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece, en relación con una posible conformidad del menor con los hechos que se le atribuyen y/o la medida a imponer, que “el secretario judicial (actual Letrado de la Administración de Justicia) informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa”.

Es decir, varios preceptos legales se refieren a esa necesidad de dirigirse al niño o adolescente en un lenguaje comprensible, si bien, no termina de quedar claro qué deben entender los operadores jurídicos por tal lenguaje comprensible, adaptado a la edad del menor. La lógica indica que este derecho debería suponer, en la práctica, que los profesionales intervinientes en el proceso se aseguren de que los menores que estén también tomando parte en el mismo entienden los derechos que les asisten, así como la naturaleza, alcance y posibles consecuencias del proceso en sí, y de las distintas actuaciones que se desarrollan durante su tramitación, favoreciendo con ello la transparencia del mismo. Debería, además, garantizarse que se atiende al menor, escuchándolo y tomando en consideración las opiniones o manifestaciones que pudiera expresar en su transcurso,

---

<sup>6</sup> Conforme al art. 2.2.a) de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, a la hora de interpretar qué entendemos por tal interés superior del menor, uno de los elementos que debe tenerse en cuenta es la protección de su desarrollo integral y la satisfacción de sus necesidades básicas, no solo materiales, físicas o educativas, sino también emocionales y afectivas.

<sup>7</sup> SUBIJANA, I. J. y ECHEBURÚA, E., “Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, núm. 1, 2018, pp. 22-27, p. 23.

explicándoseles además de qué forma las mismas han sido tenidas en cuenta durante el proceso o, incluso, en la resolución que ponga fin al mismo. Tal proceso debería adaptar su forma a las necesidades del niño o adolescente y, por supuesto, el lenguaje empleado, para garantizar al menor interviniente la comprensión de todo su contenido<sup>8</sup>.

Por todo lo anterior, los operadores jurídicos están en la obligación, ante la intervención procesal de un niño o adolescente, de emplear con éste un lenguaje cercano y comprensible, asequible para cualquier menor de edad, con independencia de su madurez cognitiva, asegurándose de que éste comprende el alcance de sus derechos, así como los efectos o consecuencias del propio proceso y de sus actuaciones durante el mismo<sup>9</sup>.

Esta adaptación del lenguaje jurídico utilizado para el caso de que en el proceso intervenga un menor de edad es un ajuste sencillo, y además necesario. Se trata de una medida fácil de adoptar, ya que es suficiente con que el tribunal y el resto de operadores jurídicos tomen conciencia del derecho a comprender que debe garantizarse a todo justiciable, con independencia de su condición<sup>10</sup>. Sin embargo, siendo éstos los requisitos necesarios para que el menor de edad pueda participar de una forma efectiva en el sistema judicial, nos encontramos ante el problema de si tal sistema está adoptando las medidas necesarias para adaptarse lo suficiente a la capacidad real de comprensión de niños y adolescentes.

### III. LA ACCESIBILIDAD AL PROCESO DE LOS MENORES DE EDAD

Pese a los avances recientes al respecto, la accesibilidad general al proceso es aún, en cierto modo, una asignatura pendiente para la administración de justicia, ya que existe la sensación generalizada en muchas personas que, en algún momento,

---

<sup>8</sup> BERNUZ, M. J., “El derecho a ser oído y escuchado de la infancia en conflicto con la norma”, *Derechos y Libertades*, 33, 2005.

<sup>9</sup> MARIEL FERRERO, E. “El lenguaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad”, *Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam - Volumen 11 - N° 1*, 2021, pp. 3-16.

<sup>10</sup> ARENAS ARIAS, G. J. (2018). “Lenguaje claro (derecho a comprender el derecho)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 15, 2018, pp. 249-261. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>.

han estado en contacto con los tribunales, de lo complejo que resulta con frecuencia interactuar con aquéllos que la representan<sup>11</sup>, lo cual se acentúa cuando son los menores los que deben intervenir en un proceso judicial dirigido por adultos. Así, a menudo, cuando un niño o adolescente debe participar de algún modo en un proceso judicial, éste percibe barreras que limitan su comprensión respecto de qué debe hacer o cuáles pueden ser los efectos de su intervención, siendo evidentemente, uno de los principales escollos el ya referido lenguaje jurídico, que si es complejo de entender para cualquier ciudadano, más aún lo será para un menor<sup>12</sup>.

A favor de la accesibilidad del menor al proceso, más allá de la adaptación del lenguaje empleado, encontramos distintos preceptos en nuestras leyes de enjuiciamiento. En efecto, el art. 707 LECrim<sup>13</sup> establece la posibilidad, en el orden penal, de que se puedan utilizar medios técnicos para que el menor pueda declarar en un juicio sin tener que enfrentarse visualmente al encausado, lo que nos lleva a la necesidad de instar la creación de escenarios seguros para la declaración de menores en vistas o actuaciones penales, que respeten su intimidad y eviten una victimización secundaria. A tal fin, la ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal unas mejoras concretas a favor de los menores intervinientes, como víctimas o como testigos, en un proceso penal, destacando la posibilidad de que sus declaraciones en fase de instrucción se lleven a cabo como “prueba preconstituida”, de modo que el menor no tendría que volver a declarar en la fase de juicio oral.

---

<sup>11</sup> TOHARÍA CORTES, J. J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ MOLINA, E. y BLANCO MARTOS, B. “Avanzando hacia una ‘child-friendly justice’. Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española”, *Boletín criminológico*, vol. 21, 2015, p. 2.

<sup>13</sup> Artículo 707 LECrim “cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible”.

También en aras no solo de evitar la referida victimización secundaria, sino también de favorecer la accesibilidad al proceso del menor, puede instarse la intervención de psicólogos forenses, que trasladen de forma adecuada al menor las preguntas que se le formulen, o bien puede permitirse al menor estar acompañado de una persona de su entorno, que le proporcione seguridad afectiva. A tal fin, el "Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito" (Ley 4/2015 de 27 de abril) reconoce el "derecho de acompañamiento", conforme al cual toda víctima en un proceso penal puede ser acompañada, en sede judicial, o incluso policial, durante la práctica de las correspondientes diligencias, por la persona que elija, sin que sea necesario que se trate de un familiar, representante legal, o representante procesal<sup>14</sup>, figura que ampararía la intervención de un facilitador si la víctima fuera menor de edad. Asimismo, el artículo 770 LEC, en sede de procedimientos civiles matrimoniales y de menores, establece que, en las audiencias con menores, el tribunal debe garantizar que las mismas "sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario".

Esta posibilidad de actuación de un "facilitador" en el proceso civil ha sido recientemente introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 7 bis, para el supuesto de discapacidad de alguna de las partes, en el entendimiento de que se trata de personas especialmente vulnerables que pueden presentar problemas de accesibilidad al proceso judicial<sup>15</sup>. Tales problemas de accesibilidad o comunicación con los operadores jurídicos, derivados de, entre otras cosas, lo complejo que puede resultar el lenguaje jurídico o la estructura del proceso, existen también para un menor de edad, de modo que debería hacerse extensible la posibilidad de empleo de esta figura a aquellos supuestos de intervención de niños en el proceso, incluyéndola en la referencia a "especialistas" que hace el

---

<sup>14</sup> El artículo 21 c) del Estatuto de la Víctima, establece que "las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma". En similares términos, art. 433 LECrim.

<sup>15</sup> DE ARAOZ, I., *Acceso a la justicia: Ajustes en el procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, Madrid, Plena Inclusión España, 2018.

mencionado art. 770 LEC. Tal facilitador es un profesional neutral<sup>16</sup>, que puede intervenir en el proceso, asesorando u ofreciendo apoyo a las personas que lo precisen<sup>17</sup>, asegurando una comunicación eficaz con los operadores jurídicos, garantizando la comprensión del contenido de las distintas actuaciones procesales, adaptando el lenguaje jurídico a tal efecto, si fuera necesario.

#### **IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACTOS PROCESALES ESCRITOS: LAS SENTENCIAS DE LECTURA FÁCIL**

A este respecto, si bien es cierto que, en general, en las actuaciones orales, como una vista o una declaración, en caso de que un menor sea parte en un proceso judicial o intervenga en el mismo de otro modo, los Jueces y Letrados suelen prescindir de formalidades excesivas e intentan acercar el lenguaje empleado al menor, dirigiéndose a él de forma sencilla y comprensible, encontramos que esta accesibilidad no tiene reflejo en los actos procesales escritos, cuando, siguiendo con la premisa de favorecer la accesibilidad del proceso al menor, debería esperarse que las actuaciones escritas, en especial, la sentencia que pone fin al asunto, tuvieran un nivel de comprensión sencilla.

A estos efectos, y en aras de un lenguaje jurídico accesible, destaca una figura que ya se está empleando cuando una de las partes padece un deterioro cognitivo, y es la conocida como “sentencia de lectura fácil”, con precedente en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 16 de octubre de 2013, que, junto a la resolución oficial, incluyó otra en lenguaje adaptado para el interviniente discapacitado –el proceso se siguió a efectos de fijar apoyos a favor

---

<sup>16</sup> Es decir, no defienden los intereses de aquellos a quienes asisten, ni deben influir en sus decisiones (ESQUERDO LULL, R., *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, 2021, <https://www.cvca.es/wp-content/uploads/2021/09/PRESENTACION%CC%81N-UNIDAD-7.-ACCESO-A-LA-JUSTICIA-Y-ACCESIBILIDAD.pdf>)

<sup>17</sup> DEVANDAS AGUILAR, C., BASHARU, D. y CISTERNAS REYES, M. S., *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*. Ginebra. Naciones Unidas, 2020, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR\\_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf).

de un joven con Síndrome de Asperger<sup>18</sup>. También encontramos hace algunos años ejemplos de estas sentencias en formato de “lectura fácil” en Argentina.

Así, la lectura fácil es una modificación que se introduce en el formato tradicional de una sentencia para lograr que la persona con discapacidad pueda acceder de primera mano a su contenido, del mismo modo que podrían hacerlo otras personas. Estas resoluciones se caracterizan por su redacción sencilla, empleando frases cortas y evitando tecnicismos. En resumen, caracteriza a estas resoluciones una redacción clara y directa, de frases cortas, evitando tecnicismos en la medida de lo posible (si se emplean, se explica, asimismo, su significado de una manera comprensible). Siguiendo a Fernández Mele, “la lectura fácil es una modificación que se introduce en el formato tradicional de las sentencias para lograr que la persona con discapacidad pueda acceder de primera mano a su contenido, del mismo modo que podrían hacerlo otras personas”<sup>19</sup>.

Al resultar una experiencia positiva, otros países han replicado la fórmula, entre ellos los tribunales españoles, que han sido, precisamente, precursores en su empleo a nivel europeo. Concretamente, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que, en un primer momento, instó la utilización de estas “sentencias de lectura fácil” en los Juzgados de Familia de Oviedo para garantizar la comprensión de la resolución judicial en caso de intervinientes afectados por una discapacidad cognitiva, extendiendo posteriormente su aplicación a otros órdenes jurisdiccionales<sup>20</sup>. Se han incorporado, asimismo, tales “sentencias de lectura fácil” a resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid, pudiendo citar como ejemplo su sentencia 517/2018, dictada en un procedimiento penal seguido por delito de estafa, cuya víctima era un discapacitado intelectual<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> CUBERO FLORES, F.D., “Personas con discapacidad y proceso penal”, en AA.VV. *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, (coord. Álvarez de Neyra Kappler, S.I.), Madrid. Editorial Reus, 2020, pp. 16-29.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ MELE, M. S., “La primera sentencia de lectura fácil. Un avance en el acceso a la justicia de personas con discapacidad”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, II, 2015, p. 48.

<sup>20</sup> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Asturias/En-Portada/Asturias-adapta-la-lectura-facil-por-primera-vez-en-Espana-una-sentencia-del-orden-Contencioso-Administrativo--->

<sup>21</sup> <https://elrinconlegal.com/dictada-la-primera-sentencia-de-lectura-sencilla-para-que-la-entienda-una-victima-con-discapacidad/>

Siguiendo la línea que parece fomentar el empleo de esta figura, la base de datos de acceso público del Centro de Documentación Judicial (más conocido como CENDOJ), cuyo objeto es la difusión de la jurisprudencia de nuestros tribunales, permite desde el año 2020 la consulta de este tipo de resoluciones judiciales dictadas en formato de lectura fácil<sup>22</sup> (se incluye en la página web una casilla que se puede marcar para su acceso).

Pues bien, esta importante iniciativa, destinada a facilitar la accesibilidad al proceso judicial a las personas con discapacidad intelectual, encontramos que es perfectamente extrapolable a los procesos en los que intervengan menores de edad y, además, su implantación sería altamente recomendable, para facilitar a éstos la comprensión no solo del documento en sí, sino del resultado de todo el proceso.

En especial, debería considerarse su implementación cuando el menor sea parte en el procedimiento, con independencia del orden jurisdiccional en el que nos encontremos, pero también sería particularmente necesario en determinados procedimientos de familia, en los que el menor pueda verse afectado, incluso aunque no sea parte, como un divorcio en el que se haya discutido el régimen de custodia, o también sería especialmente recomendable en aquellos casos en que haya sido víctima de un hecho delictivo, aún cuando el menor (o quien le represente, evidentemente) no se hubiera personado como acusación particular.

## **V. CONCLUSIONES**

Es una preocupación cada vez más generalizada que la justicia debe ser más accesible a la población. En concreto, respecto de niños y jóvenes, que éstos tengan buena impresión general de su experiencia como intervinientes en un proceso judicial, puede influir en su opinión futura respecto de la importancia de la existencia de normas y de su cumplimiento, o de la legitimidad del sistema y del orden legal establecido. Y es que, si ese menor que tiene relación directa con

---

<sup>22</sup>

[https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=56797c88264f5710VgnVCM1000006f48acoaRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es\\_ES](https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=56797c88264f5710VgnVCM1000006f48acoaRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES)

un proceso judicial, independientemente del rol que le haya correspondido, concluye que no se ha hecho ningún esfuerzo por facilitar su participación, o por hacerle entender lo que estaba sucediendo, saldrá con una impresión negativa del funcionamiento de la administración de justicia.

En definitiva, para lograr una justicia más accesible a los niños y adolescentes, que fomente el conocimiento y comprensión de sus derechos y deberes, los operadores jurídicos deben hacer un esfuerzo para hacerse comprender, empleando un lenguaje cercano y asequible, teniendo en cuenta su edad y madurez, de forma que éstos comprendan, en efecto, el contenido de los derechos que les asisten, y las posibles consecuencias de las actuaciones procesales en las que tomen parte. Debe, además, llevarse a cabo una escucha activa al menor, atendiendo a sus manifestaciones e informándole de los posibles efectos de las mismas.

A tales efectos de accesibilidad a favor de los menores de edad, debe, en consecuencia, favorecerse la utilización de un lenguaje sencillo, o permitirse el empleo de posibles apoyos que garanticen la correcta comprensión y comunicación. Así, en primer lugar, interviniendo menores en el proceso, es imprescindible que los operadores jurídicos, en especial Jueces y Tribunales, empleen un lenguaje claro, adaptado a éstos. Además, en lo que se refiere a las actuaciones procesales escritas, en concreto, a las resoluciones judiciales, debería generalizarse una figura ya en uso cuando una de las partes padece un deterioro cognitivo, y perfectamente aplicable y de justificado empleo en supuestos en que intervengan menores, como es la sentencia en formato de “lectura fácil”, para hacerla más asequible al menor de edad. El empleo de la misma sería altamente recomendable no solo en procesos donde un menor fuera parte que hubiera intervenido activamente, sino también en procesos de los que puedan derivarse consecuencias que le afecten directamente, como es el caso de litigios de familia en los que se discuta la custodia de los menores, o cuando, aún sin ser parte, sí sea el perjudicado o víctima en un proceso penal.

En lo que se refiere a previsiones legales que pueden mejorar la accesibilidad del menor al proceso o, al menos, hacer más cómoda su intervención, destaca, a fin de evitar la denominada “victimización secundaria”, la obligación legal, en el orden penal, de que, en determinados supuestos, las declaraciones del menor se

practiquen con el carácter de prueba preconstituida en fase de instrucción, evitándoles el trastorno de tener que volver a prestar declaración en el acto del juicio oral.

Por último, y como figura dirigida a favorecer la accesibilidad al proceso a favor de personas con discapacidad, expresamente se establece en el art. 7bis LEC la posible intervención de un profesional experto, figura que se conoce como “facilitador”, y que, si bien la norma no precisa ni sus características ni sus funciones, es una figura conocida por un cada vez más conocida por los distintos operadores jurídicos. Si bien es una previsión restringida en este precepto para su empleo en caso de interviniente con discapacidad, podría valorarse su aplicación analógica en caso de participación en el proceso de un menor de edad. Además, lo cierto es que hay preceptos aplicables a menores en los que podría encontrar amparo legal la intervención de un facilitador, como el art. 770, cuando se refiere al posible recurso (excepcional) a “especialistas” en las audiencias a menores en proceso de familia. Asimismo, también podríamos incardinar la figura del “facilitador” al “derecho de acompañamiento” reconocido en el orden penal.

En definitiva, nuestro sistema judicial debe tender a una mayor y mejor adaptación a las necesidades de los menores, de forma que nuestros niños y adolescentes puedan participar en el mismo de forma más efectiva, mejorándose así no solo los derechos de éstos, sino también el propio funcionamiento de la Justicia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARENAS ARIAS, G. J., “Lenguaje claro (derecho a comprender el derecho)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 15, 2018, pp. 249-261, <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>.

BERNUZ, M. J. “El derecho a ser oído y escuchado de la infancia en conflicto con la norma”, *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, 33, 2015, pp. 67-98.

BESTUÉ SALINAS, C. y OROZCO, M., “La necesidad de la naturalidad en la reformulación en traducción jurídica en la 'era de la automatización' de las traducciones”, *The Journal of Specialised Translation*, 15, 2011, pp. 180-199.

CUBERO FLORES, F.D., “Personas con discapacidad y proceso penal”, en AA.VV. *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, (coord. Álvarez de Neyra Kappler, S.I.), Madrid. Editorial Reus, 2020, pp. 16-29.

DE ARAOZ, I., *Acceso a la justicia: Ajustes en el procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, Madrid, Plena Inclusión España, 2018

DE MIGUEL APARICIO, E., “El texto jurídico-administrativo. Análisis de una orden ministerial”, *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación*, nº 4, 2000.

DEVANDAS AGUILAR, C., BASHARU, D. y CISTERNAS REYES, M. S., *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Ginebra. Naciones Unidas* [archivo PDF], 2020, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR\\_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf).

ESQUERDO LULL, R., *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, 2021, <https://www.cvca.es/wp-content/uploads/2021/09/PRESENTACION-UNIDAD-7.-ACCESO-A-LA-JUSTICIA-Y-ACCESIBILIDAD.pdf>

*Estudio de campo: lenguaje oral*, Comisión para la modernización del lenguaje jurídico, Ministerio de Justicia, 2015, <https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2015/10/CMLJ-Lenguaje-oral.pdf>

FERNÁNDEZ MELE, M. S., “La primera sentencia de lectura fácil. Un avance en el acceso a la justicia de personas con discapacidad”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, II, 42-53, 2015.

FERNÁNDEZ MOLINA, E. y BLANCO MARTOS, B. “Avanzando hacia una ‘child-friendly justice’. Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española”,

*Boletín criminológico*, vol. 21, 2015, <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2015.v21i0.7698>.

MARIEL FERRERO, E. “El lenguaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad”, *Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam*, vol. 11 - n° 1, 2021, pp. 3-16.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales”, *Derecho Privado y Constitución* Núm. 19, enero-diciembre 2005. pp. 165-223.

SUBIJANA, I. J. y ECHEBURÚA, E., “Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, núm. 1, 2018, enero-diciembre, pp. 22-27, <https://doi.org/10.5093/apj2018a1>

TOHARÍA CORTES, J. J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.



## CAPÍTULO XI

### **Las medidas de protección para menores bajo el amparo del ordenamiento jurídico español: especial referencia a la Ley 4/2021, de 27 julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía**

*Gema Polonio de Dios*

*Universidad de Córdoba (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y NACIONAL: ASPECTOS GENERALES. 1. A nivel Internacional. 2. A nivel Nacional: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. y Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA. 1. La Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía. 2. Estructura administrativa para garantizar la protección del menor en Andalucía. A) La estructura administrativa autonómica. B) La estructura administrativa local: los Servicios Sociales Comunitarios. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

# **I. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y NACIONAL: ASPECTOS GENERALES**

## **1. A nivel Internacional**

Desde el ámbito internacional ha sido siempre relevante la importancia que se le ha otorgado a la infancia como etapa crucial en la vida de cualquier persona. De ahí que se hayan abordado cuestiones de lo más variopintas que afectan directamente a esta realidad, desde la satisfacción de las necesidades básicas y vitales de los niños hasta el reconocimiento de derechos para la infancia y, en consecuencia, obligaciones tanto para la familia, en primer lugar y, el Estado y la sociedad, en último término. Como antecedentes legislativos de esta realidad, cabe resaltar:

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 planteó la necesidad de contar con instrumentos jurídicos propios en el ámbito europeo que garantizaran los derechos de la infancia<sup>1</sup>. A lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana. A partir de este momento, comienza un importante desarrollo legislativo relativo al reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia y la protección de los mismos.

La Carta Europea de Derechos del Niño de 1992 abordaba una triple perspectiva por la que se le debería garantizar al menor: a) la integración social; b) la integración familiar y c) la tutela reforzada por su especial debilidad<sup>2</sup>. Otro aspecto importante a destacar es el extenso catálogo de derechos que se reconocen y cuya configuración jurídica permite garantizar

---

<sup>1</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre. Dicha convención tuvo lugar en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, siendo ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

<sup>2</sup> DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992 aprobada por el Parlamento Europeo.

de forma efectiva la tutela. Se trata de una gran tarea basada en la reorganización de derechos humanos<sup>3</sup>.

No menos importantes son los tres Convenios Internaciones suscritos en el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, relativos a los niños: el Convenio de la Haya de 1980<sup>4</sup>, sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, conforme al cual más de 70 Estados cooperan conjuntamente para proteger a los niños de los efectos perjudiciales del traslado o retención ilícita en el extranjero. El Convenio de la Haya de 1993<sup>5</sup>, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, elaborado para regular la adopción internacional y proteger los intereses de los niños involucrados, que está actualmente en vigor en más de 60 países de recepción y de origen. Y, por último, y más importante, el Convenio de la Haya de 1996<sup>6</sup>, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, cuyo propósito fundamental fue proporcionar a los Estados firmantes, que comparten el interés común de proteger a los niños, los mecanismos prácticos que les permitan cooperar entre ellos.

Por último y no menos importante, debemos hacer referencia a la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea la cual también hace mención expresa en su art. 24 sobre los derechos del niño.<sup>7</sup> Estos antecedentes normativos son la base y sustento sobre los que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la figura del menor como persona

---

<sup>3</sup> TRUYOL, T., *Los derechos humanos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1971, p. 37.

<sup>4</sup> Ratificado por España el 28 de mayo de 1987 (BOE núm. 202, de 24 de agosto).

<sup>5</sup> Ratificado por España el 30 de junio de 1995 (BOE núm. 182, de 1 de agosto).

<sup>6</sup> Ratificado por España el 28 de mayo de 2010 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre).

<sup>7</sup> DOCE n° C 364/01, de 7 de diciembre de 2000. Aprobada por el Parlamento Europeo. Art. 24. Derechos del niño 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

especialmente vulnerable, necesitada de protección jurídica dando lugar a todo un elenco normativo que será objeto de análisis en los apartados siguientes.

**2. A nivel Nacional: Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**

Antes de comenzar el estudio jurídico de tan importantes normas legales, queremos aclarar que su realización nos centrará en las “medidas de protección” para los menores o también llamadas “actuaciones de protección” (situación de riesgo y situación de desamparo) frente a las “figuras jurídicas para la protección de los menores”, cuya regulación detallada se encuentra en nuestro CC<sup>8</sup>.

Hecha esta aclaración, para proceder a un análisis jurídico exquisito acerca de lo que establece nuestra normativa debemos de partir de lo establecido en la Carta Magna y como la misma reconoce este derecho que, tal como se analiza en el apartado I, su precedente se fundamenta en el marco europeo.

El art. 39.4 de la CE señala que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (esto enlaza con los tratados internacionales). Continuando con la materia, el art. 48 reconoce: “Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”. Por tanto, serán las diferentes administraciones las responsables de promover el desarrollo integral de la infancia o juventud.

---

<sup>8</sup> Las figuras jurídicas para la protección de menores son las recogidas y reguladas por nuestro CC: Patria Potestad (ámbito familiar-progenitores), tutela (tutela administrativa), la guarda de hecho (acogimiento de carácter residencial o familiar), el defensor judicial, y la adopción.

Fruto de estos preceptos legales, se promulga años más tarde, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y mucho más recientemente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia. Ambas leyes apuestan por establecer los mecanismos necesarios para promover y garantizar la protección jurídica del menor con todas las garantías legales que las mismas otorgan. La promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, viene a complementar a la primera y regular aquellos aspectos que quedaron sin regular y otros aquellos, fruto de las nuevas necesidades y consecuencia de la sociedad actual

En primer, lugar comenzando con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, dispone en su art.1 q en relación a los destinatarios de la aplicación de esta norma que aplicará “a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”, pues son aquellos que requieren una especial protección. Asimismo, en su art. 3 establece que "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas"<sup>9</sup>. En este sentido, la Ley Orgánica 8/2021, en su art. 2 también referencia de manera concreta que será de aplicación a menores que se encuentren en territorio español añadiendo “independientemente de su nacionalidad”. Esta precisión ha sido introducida con motivo de los fenómenos migratorios que en los tiempos actuales acontecen y de lo que España, debido a su posición geopolítica, es principal protagonista.

---

<sup>9</sup> Este precepto es el claro ejemplo de cómo dicha ley extendía de forma universal todos los derechos explicitados en la citada Convención de la ONU a todos los menores que se encontraran en territorio español e imponía a los poderes públicos la obligación de actuar siempre en aras del interés superior del menor, con independencia de la nacionalidad de origen de la persona menor de edad

Precisado los destinatarios de la normativa, pasemos a continuación a determinar otro aspecto no exento de gran polémica y sobre el cual se ha escrito ríos de tinta. Nos referimos al concepto de interés superior del menor. Ya en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se introdujo dicho término. (art.24). En el ordenamiento jurídico español, es la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción<sup>10</sup> la que introdujo más cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor. Algunas de estas novedades fueron:

El concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo (de la que hablaremos más adelante), cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo.

La consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar, la configuración del acogimiento familiar como una nueva institución de protección del menor, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales; y el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores, así como de sus correlativas obligaciones.

La generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales. RIVERO HERNÁNDEZ señala con respecto a este principio que el mismo art. 11.2 (a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, recoge el interés del menor como uno de los principios básicos rectores de la actuación administrativa de la protección a la infancia y a la adolescencia en España<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

<sup>11</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés superior del menor*. Madrid, 2000.

El alcance de este principio es remarcado igualmente por DE PALMA DEL TESO ya que estipula que el principio del interés superior del menor constituye el principio jurídico básico de todo el Derecho relativo a menores<sup>12</sup>.

A este respecto, el Defensor del Menor de Andalucía señala que el concepto de “interés superior del menor” no es sinónimo de garantía y protección, pues no está delimitado legalmente con claridad, encuadrándose dentro de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, ya que no hay una definición clara y precisa sobre cuál es ese interés superior que pueda aplicarse a cualquier menor sin distinción<sup>13</sup>. Así pues, habrá que analizar cada caso en particular para determinar qué medida de protección sería la más adecuada para satisfacer el concreto interés superior del menor en cuestión, teniendo este derecho a ser oído y escuchado al amparo de lo previsto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>14</sup>.

Respecto a la delimitación del concepto de “interés del menor” cabe destacar la inexactitud existente en la doctrina. En este sentido, VARA GONZÁLEZ señala que mientras que el Derecho anglosajón ha sido prolífico en la materia, estableciendo distintas teorías y conceptos, pues en este tiene su origen<sup>15</sup>, el Derecho europeo continental se ha limitado a definir el

---

<sup>12</sup> DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección de la infancia*, MADRID, 2006, P. 113

<sup>13</sup> Defensor del Pueblo Andaluz, Informe Anual del Defensor del Menor de Andalucía, 2017, p. 136

<sup>14</sup> Señala este precepto en apartado 2 que para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

<sup>15</sup> VARA GONZÁLEZ, J.M., El interés del menor: superior... ¿a qué? visto en: <https://www.hayderecho.com/2013/10/25/el-interes-del-menor-superior-a-que/>; El interés superior del menor” es un concepto procedente del derecho anglosajón que se ha introducido en nuestro ordenamiento a través de la ratificación de determinados instrumentos internacionales. A lo largo de los siglos ha tenido varias acepciones En la Inglaterra del s. XVIII la relación jurídica del padre con sus hijos pertenecía al ámbito de los derechos de propiedad. En las separaciones matrimoniales, el padre conservaba legalmente la titularidad de los derechos de custodia, y podía

“interés superior del menor” como toda actuación tendente a proteger un derecho subjetivo de la persona menor de edad. Por su parte, los autores iberoamericanos conciben este término como una cuestión de derecho natural, inherente a la persona humana, y que trasciende el Derecho positivo<sup>16</sup>. Sin embargo, a pesar de su indeterminación e imprecisión, tal como ha puesto de manifiesto MORENO-TORRES SÁNCHEZ, desde su irrupción en el ordenamiento jurídico español, las instituciones públicas, Tribunales y órganos legislativos deberán tenerlo en cuenta para las decisiones que adopten y que afectan a los menores de edad, de tal manera que urge el otorgamiento de una serie de criterios que ayuden a su delimitación<sup>17</sup>.

Dicho esto, y teniendo en cuenta que, ante todo prevalecerá el interés superior del menor, veamos a continuación aquellos elementos, medidas, situaciones o circunstancias que son objeto de consideración para la protección del menor. Nos referimos a las “situaciones de riesgo” o aquellas más extremas como son las “situaciones desamparo” donde la ley pone en marcha todos sus mecanismos para su reconocimiento con el fin de evitar y prevenir la concurrencia de la mismas o, en el caso de su existencia, erradicarlas. En este sentido, La LO 8/2021, de 4 junio, ha supuesto una importante revolución en materia de prevención, así como una modificación sustancial de la LO 1/1996, de 15 de enero en materia de actuaciones o medidas.

---

recuperar la posesión de sus hijos en poder de las madres ejercitando judicialmente el habeas corpus. Los repertorios de jurisprudencia recogen unos pocos casos en que el tribunal denegó el habeas corpus basándose en que ello parecía “lo mejor para el menor. Este argumento parece ser el origen del concepto. En *Rex v. Greenhill* (1836), el padre había abandonado la familia para irse a vivir con su amante; exigió la custodia, que le fue reconocida judicialmente, lo que motivó que la madre se expatriara con sus tres hijos. El caso dio lugar a la reforma de la Ley de Custodia de Menores de 1839, que consagra en el common law la “doctrina de los años tiernos” (*tender years doctrine*): se concedían facultades a los tribunales para presumir que la custodia de la madre correspondía al mejor interés del menor de siete años. La presunción se amplió hasta los 16 años en 1873.

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PÉREZ, M.ª L., *La delimitación del interés superior del niño ante una medida protección institucional*, Universidad Internacional de Cataluña, Barcelona, 2017, pág. 74

<sup>17</sup> MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales*, Fundación Save the Children, Málaga, 2015, p. 17.

Dicho esto, comencemos por analizar qué se entiende por situaciones de riesgo y cuándo estamos ante situaciones de desamparo tal cómo la ley discierne.

Comenzando por las primeras, desde un punto de vista doctrinal, las situaciones de riesgo han sido entendidas como aquellos “mecanismos que permiten la intervención familiar por parte de la entidad pública evitando que la situación se agrave y deban adoptarse medidas más traumáticas como la separación del menor de su familia”<sup>18</sup>.

ALLUEVA AZNAR señala “aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública. De acuerdo con la definición anterior, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar (...)”<sup>19</sup>

BENAVENTE MOREDA considera que “las situaciones de riesgo son «(...) aquellas que, perjudicando el desarrollo personal o social del menor, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley (...)»<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista legal, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en su art. 17 apartados primero y segundo. Dice así: “Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su

---

<sup>18</sup> NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia” en *Revista ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. I

<sup>19</sup> ALLUEVA AZNAR, L., “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, 2011, p. 10

<sup>20</sup> BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, pp. 20 y ss.

bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”. En el apartado segundo de este mismo precepto, el legislador reconoce toda una serie de indicadores (modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), valorados y ponderados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, los cuales pueden comportar también la existencia de una situación de desamparo, pues suponen una amenaza para la integridad física o mental del menor. A saber:

“a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.

b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento.

c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

- e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha.
- f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular: 1.º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad. 2.º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad.
- g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado.
- h) La identificación de las madres como víctimas de trata.
- i) Las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente.
- k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad.
- l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género.

m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente.”

Por tanto, el objetivo o fin último que se persigue es mejorar todas las actuaciones en materia de PREVENCIÓN para evitar situaciones de riesgo y, en cuanto que exista estos indicadores, actuar lo más precoz y rápidamente. Esta es una de las grandes novedades que aportada la nueva LO 8/2022, de 4 de junio (tal cómo ya hemos anticipado) plasmada en el art. 23 de la LO 8/2022, de 4 de junio, el cual aborda todo un elenco de actuaciones<sup>21</sup> las cuales serán llevadas a cabo a través de programas y planes en ámbito familiar, educativo, de la salud y los servicios sociales bajo el marco de una estrategia efectiva. La detección temprana de estas situaciones y la intervención eficaz por parte de las administraciones en algunos de los supuestos de riesgo evitaría la declaración de situación de

---

<sup>21</sup> Art 23.3. a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva. b) Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. c) Las que tienen por objeto mitigar o compensar los factores que favorecen el deterioro del entorno familiar y social de las personas menores de edad. d) Las que persiguen reducir o eliminar las situaciones de desprotección debidas a cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia. e) Las que promuevan la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la participación infantil y juvenil, así como la implicación de las personas menores de edad en los propios procesos de sensibilización y prevención. f) Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental. g) Las enfocadas a fomentar tanto en las personas adultas como en las menores de edad el conocimiento de los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. h) Las dirigidas a concienciar a la sociedad de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras. i) Las destinadas a fomentar la seguridad en todos los ámbitos de la infancia y la adolescencia. j) Las dirigidas al fomento de relaciones igualitarias entre los niños y niñas, en las que se identifiquen las distintas formas de violencia contra niñas, adolescentes y mujeres. k) Las dirigidas a formar de manera continua y especializada a los profesionales que intervienen habitualmente con niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con la atención a la infancia y adolescencia, con particular atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad. l) Las encaminadas a evitar que niñas, niños y adolescentes abandonen sus estudios para asumir compromisos laborales y familiares, no acordes con su edad, con especial atención al matrimonio infantil, que afecta a las niñas en razón de sexo. m) Cualquier otra que se recoja en relación a los distintos ámbitos de actuación regulados en esta ley. 4. Las actuaciones de prevención contra la violencia en niños, niñas y adolescentes, tendrán una consideración prioritaria. A tal fin, los Presupuestos Generales del Estado se acompañarán de documentación asociada al informe de impacto en la infancia, en la adolescencia y en la familia en la que los distintos centros gestores del presupuesto individualizarán las partidas presupuestarias consignadas para llevarlas a cabo.

desamparo y, hasta en ocasiones, la pérdida de la patria potestad de la familia.

Avanzando en esta materia, veamos a continuación qué se entiende por situación de desamparo y cuando se declara la misma como tal. El apartado segundo del citado art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996 establece que se “considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En cualquier caso, no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores ni la discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Por el contrario, sí será un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente”.

SOLÍS DE OVANDO determina que “son tres criterios los que definen una situación de desamparo: a) las personas responsables de cubrir las necesidades básicas del menor no lo hacen; b) esa situación no es contrarrestada por nadie que lo atienda, c) el menor ha sufrido o está en grave riesgo de un daño significativo”<sup>22</sup>.

Ciertamente, como acabamos de ver, nuestro ordenamiento jurídico regula con pulcritud los mecanismos necesarios para que la protección del menor quede garantizada y su propósito queda plasmado con total seguridad jurídica, al menos, de una manera formal.

Pero, qué ocurre una vez declarada la situación de desamparo. En estos supuestos, la persona menor de edad, y de conformidad con lo previsto en

---

<sup>22</sup> SOLÍS DE OVANDO, R., *Diccionario de política e intervención social sobre la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, 2014, p. 64.

el citado art. 172 del Código Civil, la Administración Pública competente asume la representación y defensa de aquella y se suspende la patria potestad de sus progenitores o tutores, que pasa al ámbito competencial de la citada Administración Pública, que habrá de ejercerla siempre en interés de las personas menores de edad afectadas y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Todo ello aparece recogido en el apartado primero del art. 18. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor reitera la misma idea que el Código Civil señalando que la “Administración Pública competente tiene la obligación de asumir la tutela de cualquier persona menor de edad de la que quede constatada su situación de desamparo, todo ello conforme a lo previsto en el art. 172.1 del Código Civil<sup>23</sup>”. Aquí entran en juego las llamadas “figuras jurídicas” de protección de menores las cuales no son objeto de referencia en este estudio.

Observamos cómo se produce la intromisión de una figura propia del Derecho Privado (patria potestad) en el campo del Derecho Público (tutela administrativa), por lo que, tal como señala BORREGO GÓMEZ, el sistema de protección de menores en España tiene un carácter mixto, ya que se basa en la colaboración entre lo público y lo privado, de modo que las responsabilidades se comparten entre la familia y las administraciones públicas, siendo de ambos la responsabilidad y el deber de prestar asistencia y protección a los menores<sup>24</sup>.

Antes de que la administración competente asuma la tutela del menor, la administración competente, debe tener en cuenta: el interés superior del menor, la constancia de la existencia de una situación de riesgo, poner en marcha los mecanismos suficientes para erradicarla y, si no fuera posible, declaración de la situación de desamparo, situación última a la que no

---

<sup>23</sup> Art. 172.1 Código Civil: “Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (...)”

<sup>24</sup> BORREGO MUÑOZ, G, “El sistema de protección de menores”, *Revista de Educação e Humanidades* núm. 6, Universidad de Granada, Granada, 2014, pp. 85-95.

debería llegarse<sup>25</sup>. Sin embargo, en la práctica diaria no observamos esta realidad, los casos de tutela por parte de las administraciones incrementan cada año, produciendo en ocasiones, una saturación de los centros, que impiden garantizar esa protección jurídica. A este respecto, las cuestiones que verdaderamente habría que plantearse serían: ¿Qué ocurre para que, en ocasiones, este tipo de instrumentos o medios no tengan la efectividad suficiente? ¿En qué momento del eslabón de la cadena se produce el error o fallo? ¿Se trata de un error en la configuración y normalización de este mecanismo de protección? Sin duda, a pesar de que la nueva ley ha introducido importantes novedades en esta materia, así como en las actuaciones de urgencia, la realidad jurídica no coincide tristemente con la realidad práctica.

## **II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA**

El art. 148.1.1 de la CE reconoce competencia exclusiva a las CCAA para la regulación de sus instituciones de autogobierno. En este sentido, el art. 147.2, letra c), establece que los estatutos de autonomía deberán contener “la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias” y, tal como señala el apartado primero de ese mismo artículo, constituyen “(...) la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma (...)”. La aprobación de los Estatutos en la etapa inicial de la creación de las Comunidades Autónomas ha derivado en la división de dos grupos importantes, dependiendo de si accedieron a la autonomía especial prevista en el artículo 151 de la Constitución Española denominados de régimen especial o foral o, si, por el contrario, accedieron a la vía ordinaria denominados de régimen común. Dentro del régimen común, la CE prevé dos vías: la vía del art.143 y la vía del art.151, la cual permitía acceder

---

<sup>25</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*. Madrid, 2001. pp. 230 y ss.

rápidamente a altas cuotas de autonomía, pues además de asumir todas las competencias previstas en el art.148 también podían incluir en sus respectivos Estatutos de Autonomía, todas aquellas atribuciones no recogidas expresamente en el art.149. Así lo indica ÁLVAREZ VÉLEZ<sup>26</sup>. Andalucía accedió por la vía del art.151, así pues, en virtud de este precepto y haciendo uso de sus competencias, ha querido regular este ámbito y cuestión de la manera y forma que a continuación vamos detallar a lo largo de este apartado.

### **1. La Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía**

En Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor<sup>27</sup>, ha sido recientemente derogada por la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía<sup>28</sup>, cuyos Títulos IV y V van a regular, respectivamente, la prevención y protección de las personas menores de edad que se hallen en territorio andaluz., Títulos en los que nos centraremos de manera especial, por interés de la materia. La principal novedad que aporta la Ley 4/2021 para garantizar la protección de las personas menores de edad se encuentra en su art. 131, que se dedica expresamente a regular la situación de las mismas, las cuales “tendrán derecho al acceso a todos los servicios y prestaciones cuya competencia tenga atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía, independientemente del estado de tramitación de su residencia o asilo, y en especial, en materias relacionadas con salud, educación, servicios y prestaciones sociales básicas, empleo, formación profesional y ocupacional”. La novedosa y vanguardista redacción de este artículo

---

<sup>26</sup> ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup>, “La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores” en Martínez García, C. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid 2016, p. 139.

<sup>27</sup> BOJA núm. 53, de 12 de mayo.

<sup>28</sup> BOJA núm. 146, de 30 de julio.

supone el cumplimiento del mandato genérico que impone la Ley Orgánica 1/1996 cuando obliga a los poderes públicos a actuar conforme al interés supremo de la persona menor, pues implica la extensión de todos los derechos y prestaciones contenidos en la norma autonómica, no sólo a las personas menores de edad andaluzas, sino a todas aquellas que se encuentren en territorio andaluz. Siguiendo esta línea y lo establecido en la legislación estatal cómo se transpone esta directriz en el ordenamiento jurídico andaluz.

La Ley 4/2021 consta de seis Títulos, dos más que su antecesora por lo que ofrece regulación de esta materia más actualizada y acorde con las nuevas necesidades y demandas de la sociedad de hoy.

A continuación, haremos una breve referencia acerca de lo que versa y está dedicado cada uno de los Títulos que componen esta norma.

El Título I, dedicado a las “Disposiciones Generales”, desarrolla los principios rectores que han de regir las políticas, los programas y las actuaciones de la Administración Pública de Andalucía en materia de infancia y adolescencia, A tal efecto, se reconoce el valor social de la infancia como personas que realizan un aporte afectivo, cultura y ético al caudal social y dispone el fomento de la participación de las niñas, niños y adolescentes en la construcción de una sociedad más justa, solidaria y democrática, fomento que se ve reforzado con la creación del Consejo Andaluz de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, también se dispone en este Título la creación de un sistema de información e indicadores sobre infancia y adolescencia que va a permitir medir y conocer el bienestar real de las personas menores y de este modo contar con una adecuada planificación de las políticas en materia de infancia y adolescencia de Andalucía.

Por su parte, el Título II, dedicado a la distribución de competencias, dispone la organización institucional de la Administración Pública autonómica y local en materia de infancia y adolescencia que debe ser una responsabilidad de toda la sociedad y así se dispone a lo largo de este capítulo.

El Título III, rubricado “De la promoción del bienestar de la infancia y la adolescencia”, va a recoger los derechos y deberes de las personas menores de edad, destacando, entre los primeros el derecho al desarrollo de la competencia digital y el derecho de la persona menor a ser oída. Igualmente, novedosa. Igualmente, novedosa resulta la regulación en este título de una serie de limitaciones y reservas sobre determinadas actividades, medios y productos, debiendo interpretarse no como prohibiciones sino como modos de protección a la infancia y la adolescencia frente a cuestiones tales como los espectáculos públicos, la publicidad, el consumo o las adicciones.

Por su parte, el Título IV, dedicado a la prevención, regula todas las actuaciones incluidas en dicho concepto, destacando especialmente el ámbito de la salud, la educación y los servicios sociales. Como novedad, recoge por primera el concepto de parentalidad positiva.<sup>29</sup>

El Título V, reservado a la protección de las personas menores de edad, se ocupa del desarrollo de las actuaciones de protección previstas la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del Menor: prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, el ejercicio de la guarda, y en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En el Capítulo II de este Título encontramos

---

<sup>29</sup> Art.69.1. “el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes”.

la regulación de las situaciones de riesgo (arts. 87 y 88) de las que tendremos oportunidad de hablar en el apartado siguiente en cuanto al protagonismo que se le concede a las entidades locales en esta materia y las situaciones de desamparo (arts. 94 y 95). Dicho precepto nos remite a la LO 1/1996, de 15 enero.

El Título VI se dedica al régimen sancionador, configurando un cuadro de infracciones y sanciones más exhaustivo que el recogido en la Ley 1/1998.

Resumido muy brevemente el contenido de la Ley y observando cómo la misma es fiel reflejo de la estatal, centremos nuestra atención en la estructura administrativa que lleva a cabo todo lo que la normativa establece o, dicho de otra manera, las herramientas de las que dispone la administración autonómica para implementar el contenido positivo que alberga la ley andaluza y donde podemos encontrar las principales novedades aportadas.

Aunque por población destinataria no tiene cabida dentro de este marco normativo, la nueva ley no hace mención alguna a los llamados “egresados” o “ex tutelados”, aquellos menores que han estado bajo la tutela administrativa y han cumplido la mayoría edad. Sin embargo, a pesar de adquirir dicha condición, siguen estando en una situación de desprotección importante pues la edad no supone dejar de necesitar protección. Con respecto a este tema, la ley andaluza establece que “la Junta atenderá a los jóvenes tutelados de los centros de acogida hasta los 25 años con programas de mayoría de edad y con itinerarios personalizados y de inserción social y laboral, con un compromiso por parte de la persona beneficiaria de aprovechamiento del programa”( se trata de programas de preparación para la vida independiente para menores que se encuentren con una

medida de protección, y que comenzarán al menos dos años antes de la fecha en la que se alcance la mayoría de edad) <sup>30</sup>

## **2. Estructura administrativa para garantizar la protección del menor en Andalucía**

### *A) La estructura administrativa autonómica*

Ya avanzábamos cómo en virtud del art. 148.1. 1<sup>a</sup> de la Constitución española de 1978<sup>31</sup>, así como el art. 46 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía <sup>32</sup>, reconocen la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza para la organización y desarrollo de sus instituciones básicas de autogobierno. En cumplimiento de esta atribución competencial, y en aras de lo dispuesto en el art.152 de nuestra Carta Magna<sup>33</sup> y en los Capítulos III y IV del Título IV de la citada norma estatutaria<sup>34</sup>, el legislador autonómico aprobó la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>35</sup>, cuyo art. 10.1, letras e) y h), atribuye a la persona titular de la presidencia de la Junta de Andalucía la competencia para crear, modificar o suprimir las distintas Consejerías que componen el gobierno andaluz, así como para nombrar a las personas responsables al frente de las mismas. En aras de este título, se ha aprobado el Decreto del presidente 10/2022, de 25 de julio, de

---

<sup>30</sup> Dichos programas son regulados mediante Decreto 100/2022, de 7 de junio, por el que se regula el Programa de tratamiento a familias con menores en situación de riesgo o desprotección. BOJA, núm. 100, de 10 de junio.

<sup>31</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre.

<sup>32</sup> BOE núm. 68, de 20 de marzo.

<sup>33</sup> El art. 152 CE, respecto a las Comunidades que alcanzaron su autonomía en virtud de lo previsto en el art.151, impone la obligación de estructurar sus instituciones de autogobierno en torno a una Asamblea Legislativa, una presidencia ejecutiva, un órgano colegiado ejecutivo y un Tribunal Superior de Justicia. Aunque no era exigible para las Comunidades que optaron a su autonomía por la vía del art. 143 CE, todas ellas optaron también por reproducir en sus ámbitos internos estas instituciones.

<sup>34</sup> El Título IV del EA, rubricado “Organización institucional de la Comunidad Autónoma”, dedica sus Capítulos III y IV, respectivamente, al presidente de la Junta y a su Consejo de Gobierno.

<sup>35</sup> BOJA núm. 215, de 7 de noviembre.

reestructuración de Consejerías <sup>36</sup>, modificado por los Decretos del presidente 13/2022, de 8 de agosto<sup>37</sup>, y 16/2022, de 8 de noviembre<sup>38</sup>, que, entre otras, crea la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, atribuyéndole, además de otras muchas funciones, las competencias relativas a menores (*ex art. 11.1*)<sup>39</sup>.

Para organizar y desarrollar todas las competencias asignadas, de conformidad con el art. 27.18 de la precitada Ley 6/2006<sup>40</sup>, el Consejo de Gobierno aprobó el Decreto 161/2022, de 9 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad<sup>41</sup>, modificado por el Decreto 575/2022, de 27 de diciembre<sup>42</sup>, cuyo art. 2.1, letra j), crea la Dirección General de Infancia, Adolescencia y Juventud, atribuyendo a dicho órgano todas las funciones inherentes a personas menores de edad (*ex art. 13*)<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> BOJA extraordinario núm. 25, de 26 de julio, rectificado en BOJA extraordinario núm. 26, de 27 de julio

<sup>37</sup> BOJA extraordinario núm. 27, de 8 de agosto.

<sup>38</sup> BOJA núm. 215, de 9 de noviembre.

<sup>39</sup> Aunque los nombres de las Consejerías suelen cambiar, incluso más de una vez, con cada gobierno, siempre debe existir, con la denominación que se le otorgue, una Consejería que ostente las competencias que posee la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de personas menores de edad

<sup>40</sup> El art. 27.18 de la Ley 6/2006 atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar la estructura orgánica de las Consejerías y de sus organismos autónomos, así como la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos.

<sup>41</sup> BOJA extraordinario núm. 28, de 11 de agosto.

<sup>42</sup> BOJA núm. 249, de 30 de diciembre.

<sup>43</sup> Según el art. 13 del Decreto 161/2022, a la persona titular de la Dirección General de Infancia, Adolescencia y Juventud le corresponden, además de las atribuciones previstas en el art. 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, las siguientes funciones:

a) El desarrollo, impulso y seguimiento de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía.

b) La promoción de los Derechos de la infancia y adolescencia.

c) La propuesta, desarrollo, coordinación y evaluación de iniciativas que garanticen el buen trato a la infancia y adolescencia, desde el enfoque de la parentalidad positiva.

d) El diseño, fomento, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas preventivas que detecten y reparen situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía.

e) La planificación, financiación, evaluación y control de los recursos destinados a la infancia y adolescencia en el ámbito de sus competencias.

f) El desempeño de las competencias que tiene atribuidas la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de personas menores, asumiendo la tutela de las declaradas en situación de desamparo, ejerciendo su guarda, adoptando una medida de protección mediante el acogimiento familiar o residencial. Asimismo, le corresponde la promoción de la guarda con

Debido a la vasta extensión territorial de la Comunidad y con el fin de optimizar la implementación de las distintas políticas públicas, las Consejerías van a desconcentrar sus funciones en cada una de las ocho provincias andaluzas a través de delegaciones. A tal efecto, el Capítulo III del Título II de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía<sup>44</sup>, que regula su organización periférica, contempla la creación en cada provincia de una Delegación del Gobierno, así como de diversas Delegaciones Territoriales o Provinciales, las cuales asumirán en dicho ámbito territorial la representación de una o varias Consejerías, así como la ejecución y desarrollo en la provincia de las políticas públicas diseñadas por la Consejería o Consejerías de las que dependa. En concreto, en la actualidad, la estructura periférica de la Administración andaluza viene determinada por el Decreto 226/2020, de 29 de diciembre <sup>45</sup>,

---

finde de adopción, así como las funciones autonómicas en materia de adopción internacional, la gestión de los programas de estancia temporal de personas menores extranjeros, y cualquier otra forma de protección de la infancia y de la adolescencia.

g) El diseño, realización y evaluación de los programas específicos en materia de infancia, adolescencia y juventud ex tutelada, en su ámbito de competencias.

h) El desarrollo de los programas de preparación para la vida independiente que procuren una atención integral a los adolescentes y jóvenes que se encuentran con una medida de protección, así como a los que han estado bajo la tutela de la Administración de la Junta de Andalucía.

i) El desarrollo de estrategias y medidas para garantizar el derecho a la efectiva participación de la infancia y adolescencia.

j) La planificación y ejecución de políticas que favorezcan la igualdad y corresponsabilidad dentro del entorno de la infancia y adolescencia.

k) Las funciones en materia de comunicaciones, autorizaciones y acreditaciones administrativas de los servicios y centros que afecten al ámbito competencial de la Dirección General.

l) La promoción y gestión de convenios, contratos y conciertos sociales de los contemplados en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, y demás acuerdos con entidades de iniciativa social y entidades con ánimo de lucro necesarios para la colaboración de estas en la atención a la infancia y adolescencia, y en la investigación y divulgación del conocimiento adquirido.

m) El impulso y fomento de la formación, investigaciones y estudios generadores de conocimiento en materia de infancia y adolescencia, en el ámbito de sus competencias.

n) El impulso y coordinación en la elaboración del Plan de Infancia y Adolescencia de Andalucía.

ñ) El establecimiento de las medidas necesarias para el desarrollo y la ejecución de las disposiciones y acuerdos que se establezcan en los distintos instrumentos internacionales en materia de prevención y protección de la infancia y adolescencia.

o) El impulso, coordinación y seguimiento de las acciones dirigidas a la juventud en los distintos ámbitos de la Comunidad Autónoma.

p) El desarrollo y promoción de políticas y programas que respondan a las necesidades de los jóvenes

q) Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas.

<sup>44</sup> BOJA núm. 215, de 30 de octubre.

<sup>45</sup> BOJA extraordinario núm. 90, de 30 de diciembre.

modificado, entre otros, por el Decreto 300/2022, de 20 de agosto<sup>46</sup>, y por el ya citado Decreto 575/2022, de 27 de diciembre, cuya Disposición Adicional Tercera crea en cada provincia la Delegación Territorial de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, a la que se adscriben, según dispone la Disposición Adicional Undécima, los servicios periféricos de dicha Consejería existentes en cada provincia<sup>47</sup>.

Descendiendo, aún más, en la organización administrativa provincial que nos ocupa, cabe reseñar que, en virtud del Decreto 390/1986, de 10 de diciembre, por el que se regula la elaboración y aplicación de la relación de puestos de trabajo<sup>48</sup>, en cada provincia, en el seno de la Delegación que dependa de la Consejería que ostente las competencias en materia de personas menores de edad, actualmente, como ya sabemos, la Delegación Territorial de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e

---

<sup>46</sup> BOJA extraordinaria núm., 29, de 30 de agosto.

<sup>47</sup> Al igual que hemos indicado para las Consejerías, aunque en frecuente que la denominación de las Delegaciones Territoriales varíe con cada gobierno, siempre debe existir una Delegación que represente en cada provincia a la Consejería competente en materia de personas menores de edad. Con independencia de la nomenclatura asignada y, en virtud de lo previsto en el art.19 del Decreto 262/2020, las personas titulares de cada Delegación Territorial asumirán las siguientes funciones:

Las personas titulares de las Delegaciones Territoriales de la Junta de Andalucía ostentan las siguientes funciones y competencias en el ámbito de su provincia:

- a) La representación ordinaria de las Consejerías cuyos servicios periféricos se encuentran adscritos en la Delegación Territorial y, en su caso, de las agencias adscritas o dependientes de las Consejerías. En el caso de que en una Consejería existan dos Delegaciones Territoriales, las personas titulares de las mismas ostentarán la representación ordinaria de la Consejería en relación con las materias que se le hayan asignado.
- b) Dirigir, bajo la dependencia funcional de los correspondientes órganos directivos, las unidades administrativas pertenecientes a la Delegación.
- c) Ejercer la jefatura de todo el personal de la Delegación y las competencias de administración y gestión ordinarias del mismo que expresamente se le deleguen.
- d) Constituir el cauce ordinario de relación con los servicios centrales de las Consejerías cuyos servicios periféricos se encuentran adscritos a la Delegación Territorial y, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las personas titulares de las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía, con los órganos periféricos de la Administración General del Estado y las entidades locales de Andalucía en materias de su competencia. En el caso de que en una Consejería existan dos Delegaciones Territoriales, las personas titulares de las mismas ejercerán esta función en relación con las materias que se le hayan asignado.
- e) Trasladar órdenes e instrucciones en las materias que sean de su competencia a las personas titulares de las Secretarías Generales Provinciales de las Consejerías cuyos servicios periféricos se encuentren adscritos a la Delegación Territorial (...).
- f) El ejercicio de potestades administrativas con respecto a aquellas competencias que tengan atribuidas y, en su caso, respecto a aquellas de los servicios periféricos que tengan adscritos.
- g) Cuantas otras funciones les sean atribuidas, desconcentradas o delegadas.

<sup>48</sup> BOJA núm. 114, de 23 de diciembre.

Igualdad, existirá un Servicio de Protección de Menores que, compuesto por los distintos empleados públicos que trabajan para la Delegación en esta materia, se configura como la unidad administrativa encargada de ejecutar y supervisar sobre el terreno las distintas actuaciones que, en cada provincia, se lleven a cabo en materia de menores.

En cualquier caso, la profundidad y complejidad de las competencias que ostenta la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de menores es de tal calado que, con el fin de regular y organizar su ejercicio de una forma más detallada, se aprobó el Decreto 195/2020, de 1 de diciembre<sup>49</sup>, que va a detallar pormenorizadamente las atribuciones que, en esta materia,

---

<sup>49</sup> BOJA núm. 235, de 4 de diciembre.

ostenta la Dirección General<sup>50</sup>, la Delegación Territorial<sup>51</sup> y cada Servicio de Menores <sup>52</sup>. Además, dedica su Capítulo III a crear y regular las

---

<sup>50</sup> Según el art. 4.2 del Decreto 195/2020, La competencia de la Dirección General en materia de protección de menores se concreta en las siguientes funciones:

a) Diseño, realización, coordinación y control de los programas, servicios y recursos en materia de protección de menores.

b) Planificación y coordinación general de los recursos presupuestarios.

c) Dirección, control y evaluación de los procesos y procedimientos en materia de protección de menores.

d) Dirección y coordinación de las relaciones con otras Administraciones Públicas.

e) Dirección y coordinación de los sistemas de información en materia de protección de menores, así como de los datos que se registren en el sistema, tanto a efectos de seguimiento de medidas concretas de protección de menores como a efectos estadísticos.

f) Coordinación de actuaciones de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores en los expedientes de traslados de tutelas y guardas.

g) Coordinación general del Registro de Tutelas y Guardas de Andalucía.

h) Coordinación general del Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía.

i) Gestión del Registro de reclamaciones de personas usuarias de los organismos acreditados de adopción internacional.

j) Gestión de los programas, servicios y recursos de carácter autonómico o que sean de interés general.

k) La planificación y coordinación general de la red de recursos de centros de protección.

l) La planificación y coordinación general de la red de recursos de acogimiento familiar.

m) La elaboración y aprobación de los Instrumentos Marco para la acción educativa de los centros de protección.

n) La definición y coordinación de los programas de inserción social y laboral para las personas menores tuteladas y ex-tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía.

o) El conocimiento de las quejas y reclamaciones presentadas por las personas menores acogidas por la Administración de la Junta de Andalucía.

p) Elaboración de la relación de personas solicitantes idóneos inscritos en el Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía para la guarda con fines de adopción de las personas menores tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía.

q) Elaboración de la relación de personas solicitantes idóneos inscritos en el Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía para el acogimiento familiar de las personas menores tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía, en los casos en que en la provincia solicitante de la Comunidad Autónoma de Andalucía no hubiera persona idónea para el acogimiento familiar.

r) Coordinación con otras Comunidades Autónomas para las actuaciones que permitan la asignación a familias idóneas de aquellas personas menores con un perfil determinado en cuya Comunidad Autónoma no existan ofrecimientos de familias para acogimientos o, en su caso, adopciones.

s) Relaciones con las Autoridades competentes de los Estados de origen de las personas menores en las adopciones internacionales.

t) Aquellas otras funciones asignadas por la Consejería competente en materia de protección de menores

<sup>51</sup> De conformidad con el art. 13.2 del Decreto 195/2020, as funciones de la persona titular de la Delegación Territorial o Provincial con competencia en materia de menores serán las siguientes:

a) Acordar el inicio del procedimiento de declaración de situación de desamparo.

b) Adoptar la medida provisional de situación de desamparo al inicio del procedimiento de declaración de situación de desamparo, delegando la guarda de la persona menor en el recurso familiar o residencial adecuado, así como su revocación antes de dicha propuesta de resolución.

c) Declarar la guarda provisional en los casos que se considere necesario y designar el recurso familiar o residencial que deba ejercerla y acordar su cese cuando corresponda.

- 
- d) Solicitar, aceptar o denegar, según el caso, la asunción del ejercicio de funciones tutelares en los supuestos de traslados de expedientes de tutela y guarda entre provincias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- e) Acordar el inicio de procedimiento de acogimiento familiar y de guarda con fines de adopción.
- f) Acordar el reconocimiento, denegación, modificación o pérdida de las prestaciones económicas a las familias acogedoras de personas menores.
- g) Acordar el inicio del procedimiento de acogimiento residencial.
- h) Acordar la constitución del acogimiento familiar de urgencia.
- i) Gestionar la administración del patrimonio de la persona menor tutelada por la Administración de la Junta de Andalucía.
- j) Acordar el inicio, suspensión y resolución del procedimiento de valoración de idoneidad y del procedimiento de actualización para el acogimiento familiar o para la adopción y ordenar la inscripción de las personas que se declaren idóneas, la anotación de su resolución de actualización y la cancelación de la declaración de idoneidad en el Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía.
- k) Resolver el procedimiento de suspensión de los efectos de la inscripción de la idoneidad para el acogimiento familiar o para la adopción en el Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía, y ordenar la anotación de la resolución del citado procedimiento en el Registro, con las consecuencias inherentes a la misma.
- l) Acordar el traslado y asunción de expedientes de valoración de idoneidad para el acogimiento familiar y la adopción.
- m) Coordinar las actuaciones con los organismos y servicios relacionados con la infancia y la adolescencia existentes en la provincia.
- n) Solicitar al juzgado de primera instancia la autorización para entrada en domicilio y restantes lugares y edificios en los que se requiera el consentimiento de su titular u ocupante para la ejecución forzosa de las medidas de protección adoptadas respecto a las personas menores.
- o) Solicitar la autorización judicial para internamiento de personas menores en centros de problemas de conducta.
- p) Solicitar las autorizaciones correspondientes para el ejercicio de acciones judiciales para la representación y defensa de los intereses de las personas menores tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía.
- q) Será de su competencia todo aquello que no sea competencia exclusiva de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda, especialmente las medidas cautelares o provisionales hasta la ratificación por el órgano colegiado.
- <sup>52</sup> Al amparo del art. 14 del Decreto 195/2020, Las funciones de los servicios de protección de menores, desempeñadas por el personal adscrito al mismo, serán:
- a) Realizar las actuaciones necesarias para la averiguación y comprobación de situaciones de desamparo.
- b) Instruir y formular propuesta de resolución de los procedimientos de protección de menores.
- c) Notificar y comunicar los actos y resoluciones administrativas que se deriven de los procedimientos de protección de menores.
- d) Realizar las actuaciones materiales de ejecución de las resoluciones en materia de protección de menores.
- e) Formular propuesta de modificación de las medidas de protección.
- f) Informar a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda sobre medidas de atención inmediata.
- g) Realizar la ejecución, seguimiento y evaluación de las medidas de protección.
- h) Elaborar el plan individualizado de protección y coordinarse con los profesionales referentes del caso para garantizar su implementación.
- i) Acordar estancias, salidas de fines de semana o vacaciones con familias o instituciones dedicadas a estas funciones.
- j) Gestionar el Registro de Tutelas y Guardas de Andalucía.
- k) Gestionar el Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía.
- l) Instruir y formular propuesta de resolución de los procedimientos de valoración de la idoneidad para el acogimiento familiar y la adopción, así como de los procedimientos de actualización y los procedimientos de suspensión de los efectos de la inscripción en el Registro de personas idóneas para el acogimiento familiar y la adopción nacional o internacional de Andalucía.
- m) Informar sobre los procedimientos de acogimiento familiar y adopción nacional e internacional.

Comisiones Provinciales de Tutela y Guarda, las cuales, en dicho ámbito territorial, se configuran como órganos colegiados de carácter multidisciplinar que, presididos por la persona titular de la respectiva Delegación, ostentan capacidad de decisión en materia de protección de menores. En concreto, las funciones de esta Comisión provincial, que se reunirá al menos una vez al mes, son, en virtud de la relación que establece el art. 11 del Decreto, las siguientes:

a) Resolver los procedimientos de declaración de situaciones de desamparo.

b) Declarar la asunción de la tutela por la Administración de la Junta de Andalucía de las personas menores que hayan sido declaradas en situación de desamparo, así como resolver su cese.

c) Solicitar la asunción de la tutela a otras Comunidades Autónomas en los casos de traslados de expedientes.

d) Aceptar o denegar la asunción de tutela de otra Comunidad Autónoma en caso de traslado de expedientes.

e) Asumir la tutela de las personas menores cuando así lo determine una resolución judicial.

f) Asumir la guarda voluntaria en los casos que proceda, así como su cese.

---

n) Tramitar las quejas y reclamaciones presentadas por las personas menores acogidas por la Administración de la Junta de Andalucía.

o) Expedir certificados registrales.

p) Gestionar, supervisar y controlar recursos y programas de atención residencial y familiar de ámbito provincial, así como aquellos que faciliten la inserción social y laboral de las personas jóvenes ex-tuteladas.

q) Garantizar el derecho del menor a ser oído y escuchado en la toma de decisiones que le afecten y en todos los procedimientos en los que sea parte interesada.

r) Aquellas otras funciones que la Comisión Provincial de Tutela y Guarda o la persona titular de la Delegación Territorial o Provincial o Provincial le encomiende

- g) Asumir la guarda judicial a instancias de los órganos judiciales.
- h) Ordenar las inscripciones de las personas menores sobre las que se haya asumido la tutela o la guarda en el Registro de Tutelas y Guardas de Andalucía.
- i) Ordenar la cancelación de las personas menores en el Registro de Tutelas y Guardas de Andalucía al cesar su tutela o guarda.
- j) Resolver los procedimientos de acogimiento familiar, acogimiento residencial y guarda con fines de adopción.
- k) Designar a las familias, entidades o centros de protección de menores a los que se atribuya el ejercicio de la guarda de las personas menores mediante acogimiento familiar o residencial, excepto el acogimiento familiar de urgencia.
- l) Modificar las medidas de protección adoptadas respecto a las personas menores que se encuentran bajo la tutela o la guarda de la Administración de la Junta de Andalucía.
- m) Formalizar la propuesta de adopción de las personas menores que se hallen bajo la tutela de la Administración de la Junta de Andalucía.
- n) En los supuestos en los que se hubiese constituido en el Estado de Origen una institución jurídica con finalidad adoptiva, pero no equiparable en España a la adopción, la Comisión Provincial de Tutela y Guarda correspondiente, una vez valorada la integración familiar conforme al contenido del informe de seguimiento y comprobado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios, deberá promover la adopción ante la Jurisdicción competente en el plazo máximo de un año.

- o) Revisar, al menos con una periodicidad semestral, las medidas de protección adoptadas respecto de las personas menores que se encuentran bajo la tutela o la guarda de la Administración de la Junta de Andalucía.
- p) Determinar el régimen de relaciones personales de las personas menores con su familia de origen y personas allegadas
- q) Establecer la cantidad a abonar por las personas progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención de la persona menor sobre la que se haya asumido la tutela o la guarda, así como sobre los gastos derivados de responsabilidad civil que pudiera imputarse a estas personas menores por actos realizados por las mismas.
- r) Velar por el cumplimiento de las obligaciones legales referidas a la administración y gestión patrimonial de los bienes y derechos de las personas menores tuteladas por la Entidad Pública.
- s) Rendir la cuenta anual y general justificada de la administración del patrimonio de la persona menor tutelada ante la Autoridad Judicial.
- t) Colaborar con los órganos judiciales competentes en la materia.
- u) Resolver las quejas y reclamaciones presentadas por las personas menores acogidas por la Administración de la Junta de Andalucía”.

Finalmente, y al objeto de completar la organización administrativa andaluza, resulta oportuno hacer referencia al Observatorio de la Infancia y Adolescencia y al papel que, en materia de menores, desempeña el Defensor del Pueblo Andaluz.

El Observatorio de la Infancia y Adolescencia de Andalucía, que fue creado por la ya extinta Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención

del menor <sup>53</sup>, es un órgano colegiado, adscrito a la Consejería competente en materia de infancia, con carácter prospectivo, analítico y consultivo, dedicado a la gestión del conocimiento sobre las personas menores de edad, y cuyos trabajos y conclusiones sirven de base para orientar e informar las políticas públicas que la Junta de Andalucía impulsa en materia de menores. En concreto, el Observatorio tiene por objeto el desarrollo de actuaciones de investigación, formación, documentación, así como el seguimiento estadístico de los temas relacionados con la infancia y adolescencia y la gestión de fuentes de información que permitan el adecuado conocimiento, análisis técnico, seguimiento y evolución de los asuntos relacionados con los derechos y la atención a la infancia y adolescencia.

Finalmente, por su parte, el Defensor del Pueblo es una institución de autogobierno que, tal como declaran los arts. 41 y 128.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, tiene por objeto la defensa de los derechos comprendidos tanto en Título I de la Constitución como en el Título I del propio Estatuto, entre los cuales se halla la protección y atención de las personas menores de edad<sup>54</sup>. En este sentido, el art. 8.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz <sup>55</sup> señala que “El Defensor del Pueblo Andaluz estará auxiliado por tres personas adjuntas en las que podrá delegar sus funciones y entre los que designará al que le auxilie en el ejercicio de las funciones que le corresponden como Defensor o Defensora de la Infancia y Adolescencia”. En el cumplimiento de estas funciones, el Defensor del Pueblo Andaluz emite anualmente un informe sobre, entre otras materias, la realidad de la juventud, infancia y adolescencia en Andalucía, el cual, al igual que los trabajos desarrollados

---

<sup>53</sup> BOJA núm. 53, de 12 de mayo. La Ley 1/1998 ha sido derogada por la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía

<sup>54</sup> Los arts. 20 y 48 de la Carta Magna recogen, respectivamente, la protección de la infancia y la promoción de la juventud. Por su parte, el art. 18.1 del EA establece el derecho de las personas menores de edad “(...) a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes”.

<sup>55</sup> BOJA núm. 100, de 9 de diciembre.

por el Observatorio, es tenido muy en consideración para el diseño de las distintas actuaciones a desarrollar por la Administración en materia de menores<sup>56</sup>.

Explicada y fundamentada jurídicamente, la existencia de la estructura administrativa andaluza en materia de menores, veamos a continuación la segunda descentralización administrativa la cual es protagonizada por las entidades locales administrativas lo que nos dará una visión completa y, no menos compleja, de todo el entramado administrativo que trabaja por la protección del menor como persona especialmente venerable y cuyo objetivo principal es su defensa jurídica, social y administrativa.

*B) La estructura administrativa local: los Servicios Sociales Comunitarios.*

Como punto de partida obligado para el análisis de la estructura administrativa local en materia de menores, hemos de citar el art. 149.1. 18ª de nuestra Constitución, el cual otorga al Estado competencia exclusiva para aprobar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. Por todo ello, “a sensu contrario”, tal como reconoce el art. 148.12ª “in fine” de nuestra Carta Magna, las Comunidades Autónomas podrán ejercer competencias de desarrollo de la legislación básica local, así como asumir las atribuciones que la citada normativa básica permita transferir a las Comunidades Autónomas. En este sentido, se manifiesta el art. 60 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que determina las competencias de nuestra Comunidad Autónoma en materia local, así como su Título III, rubricado

---

<sup>56</sup> El último informe emitido data  
2001 <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-anual-2021/desgloses/9-infancia.php> (visto el 10 de enero de 2023)

la “Organización Territorial de la Comunidad Autónoma”, el cual esboza las principales líneas de la estructura administrativa local en Andalucía<sup>57</sup>.

En desarrollo de ambos preceptos constitucionales, el legislador estatal, por un lado, ha aprobado la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local<sup>58</sup>, y el legislador autonómico andaluz, por su parte, ha dictado la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía<sup>59</sup>. En este sentido, y centrándonos ya en la materia que nos ocupa, el art. 26 de la Ley 7/1985 otorga a los Ayuntamientos mayores de 20.000 habitantes competencias en materia de servicios sociales y, para aquellos que no lleguen a dicha población, prevé la ayuda o asistencia de las Diputaciones Provinciales. En análogos términos, pero con mayor precisión se pronuncia la Ley 5/2010, cuyo art. 9.3 atribuye a los municipios andaluces la gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, atribución que, en todo caso, incluye la gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios; la gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios y la promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial.

La figura de los servicios sociales comunitarios se regula en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía<sup>60</sup>, cuyo art. 27 contempla la existencia en la esfera local de los servicios sociales comunitarios como base del sistema público de servicios sociales<sup>61</sup>, de

---

<sup>57</sup> Dentro del Título III del EA, conviene destacar el art. 92, el cual va a enumerar las competencias que, en el marco de la legislación básica estatal, ostentan los municipios andaluces. En concreto, el apartado segundo, letra c), de dicho precepto otorga a las mismas competencias para la gestión de los servicios sociales comunitarios.

<sup>58</sup> BOE núm. 80, de 3 de abril.

<sup>59</sup> BOJA núm. 122, de 23 de junio.

<sup>60</sup> BOJA núm. 248, de 29 de diciembre.

<sup>61</sup> Art. 27. Servicios sociales comunitarios.

1. Los servicios sociales comunitarios, de titularidad y gestión pública, constituyen la estructura básica del nivel primario de servicios sociales. La organización y gestión de estos servicios y sus centros corresponde a las entidades locales de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal, en el marco de la planificación autonómica y en el ejercicio de las competencias

modo que estos se configuran como la puerta de entrada al sistema público de servicios sociales (incluyendo las políticas sobre menores). Los servicios sociales comunitarios se estructuran en Zonas Básicas de Servicios Sociales, debiendo disponer cada una de ellas de, al menos, un Centro de Servicios Sociales Comunitarios que, tal como dispone el art. 29.1 de la Ley 9/2016, "(...) constituye la estructura física, administrativa y técnica básica de los servicios sociales comunitarios que se configura en el ámbito de las administraciones locales, ayuntamientos y diputaciones provinciales"<sup>62</sup>

Como ya se ha adelantado, la gestión de los servicios sociales comunitarios corresponde a los propios Ayuntamientos, bien directamente (más de 20.000 habitantes), bien mediante el apoyo y coordinación de las

---

propias en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

2. En este sentido, los servicios sociales comunitarios se configuran como el primer nivel de referencia para la valoración de las necesidades, la planificación, la intervención, tratamiento, seguimiento, evaluación de la atención y coordinación con otros agentes institucionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, garantizando la universalidad en el acceso al mismo y su proximidad a las personas usuarias, familias, unidades de convivencia y grupos de la comunidad.

3. Los servicios sociales comunitarios posibilitarán el acceso de las personas usuarias al conjunto del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y constituirán el nivel de referencia para la prevención de situaciones de vulnerabilidad social, la valoración de las necesidades, la planificación, la intervención, el seguimiento y la evaluación de la atención, así como la coordinación con otros agentes e instituciones presentes en el territorio, al objeto de articular la respuesta a las necesidades individuales, familiares, grupales y comunitarias de atención.

4. Los servicios sociales comunitarios estarán referenciados a un territorio y a una población determinada y se desarrollarán desde los centros de servicios sociales comunitarios.

<sup>62</sup> Art. 29. Centro de servicios sociales comunitarios.

1. El centro de servicios sociales comunitarios constituye la estructura física, administrativa y técnica básica de los servicios sociales comunitarios que se configura en el ámbito de las administraciones locales, ayuntamientos y diputaciones provinciales.

2. El ámbito territorial de referencia del centro de servicios sociales comunitarios será la Zona Básica de Servicios Sociales, debiendo disponer cada zona de, al menos, un centro de servicios sociales comunitarios.

3. Cada centro de servicios sociales comunitarios estará compuesto, como mínimo, por un equipo básico de servicios sociales comunitarios.

4. Las condiciones físicas, funcionales y de recursos humanos del centro de servicios sociales responderán a los estándares de calidad que se establezcan para este tipo de servicios en el sistema de certificación de la calidad de los servicios y de la práctica profesional previsto en la presente ley, garantizando la accesibilidad y el derecho a la intimidad de las personas usuarias.

5. En función de las condiciones y de la estructura de la población, los centros de servicios sociales podrán tener carácter municipal o supramunicipal. En este último supuesto, la prestación de los servicios sociales comunitarios deberá garantizarse en todos los municipios que integran la Zona Básica de Servicios Sociales y dependerán del centro de referencia.

6. Los centros de servicios sociales comunitarios de carácter municipal podrán estar desconcentrados en distritos o barrios, respetando siempre la vinculación operativa con el centro de referencia.

Diputaciones Provinciales (menos de 20.000 habitantes). Para auxiliar a las corporaciones locales en esta función y, al objeto de cumplir la sostenibilidad financiera de los Servicios Sociales prevista en el art. 82.2 de la precitada Ley 9/2016, el gobierno andaluz ha aprobado el Decreto 203/2022, de 16 de julio, por el que se regula el sistema de financiación de los servicios sociales comunitarios en Andalucía<sup>63</sup>, el cual va a garantizar la distribución y transferencia de créditos desde los presupuestos de la Junta de Andalucía en favor de los Ayuntamientos y Diputaciones para el sostenimiento de los servicios sociales comunitarios.

De conformidad con el art. 28 de la Ley 9/2016, los servicios sociales comunitarios acometen un amplio elenco de funciones<sup>64</sup>, entre las cuales,

---

<sup>63</sup> BOJA núm. 85, de 20 de julio, rectificado por BOJA núm. 115, de 1 de octubre.

<sup>64</sup> Art. 28. Funciones de los servicios sociales comunitarios. Son funciones de los servicios sociales comunitarios:

- 1.<sup>a</sup> La información, valoración, orientación y asesoramiento a la población sobre las prestaciones y servicios del Sistema Público de Servicios Sociales y de otros posibles recursos de otros sistemas de protección social en Andalucía.
- 2.<sup>a</sup> La puesta en marcha de actuaciones de carácter preventivo y terapéutico tendentes a propiciar el desarrollo y la integración social de la población y la disminución de las situaciones de riesgo social.
- 3.<sup>a</sup> El diseño y desarrollo de intervenciones de promoción de la autonomía, la calidad de vida y el bienestar social de la población de referencia en su ámbito de competencia.
- 4.<sup>a</sup> La identificación e intervención en situaciones de exclusión social o riesgo de estarlo, situaciones de violencia de género, situaciones de violencia intergeneracionales y de iguales, dependencia y desprotección de personas en situación de vulnerabilidad social.
- 5.<sup>a</sup> El análisis y la valoración integral de las demandas, necesidades de atención, problemáticas sociales, así como del grado de complejidad de las situaciones de necesidad de la población de referencia.
- 6.<sup>a</sup> La atención a situaciones de urgencia o emergencia social.
- 7.<sup>a</sup> La elaboración del Proyecto de Intervención Social que contemple el conjunto de los recursos disponibles en el territorio, que asegure la atención integral y su continuidad, que tenga en cuenta las creencias, preferencias y estilo de vida de la persona y que involucre activamente a las personas de su entorno más próximo en su desarrollo.
- 8.<sup>a</sup> El seguimiento y evaluación de resultados respecto a los objetivos propuestos en el Proyecto de Intervención Social, con la participación activa de la persona y su familia o unidad de convivencia.
- 9.<sup>a</sup> La derivación, acorde con el Proyecto de Intervención Social, al recurso o servicio más idóneo del nivel especializado del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía o, en su caso, a otro del sistema de protección social.
- 10.<sup>a</sup> La sensibilización y el fomento de la participación activa de la comunidad en la búsqueda de respuestas a las situaciones de necesidad social, así como en la mejora y promoción de las condiciones de vida y convivencia social.
- 11.<sup>a</sup> La promoción de la animación comunitaria, participación social y solidaridad y voluntariado social en el marco de esta ley.
- 12.<sup>a</sup> La coordinación con los servicios sanitarios de atención primaria y especializada, con especial atención al área de salud mental, para el diseño de paquetes de servicios integrados que den respuesta a las necesidades de atención social y sanitaria de la población de referencia.

abordando la materia objeto de este trabajo, encontramos “el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, la detección de menores en situación de desprotección, la detección e intervención en casos de menores en situación de riesgo y, cuando sea necesario, el abordaje terapéutico en el propio medio, mediante un tratamiento específico e integrador que compense situaciones de riesgo de desprotección o permita la reunificación familiar en aquellos casos en los que haya sido necesaria la adopción de medidas de protección” (*ex art.*

---

13.<sup>a</sup> La coordinación con los servicios educativos para facilitar una atención integral a las personas menores de edad, de forma simultánea y continuada, y apoyar a sus familias.

14.<sup>a</sup> La coordinación con los servicios de empleo para lograr la inserción social y laboral de aquellas personas con dificultades de acceder o mantener un empleo, contribuyendo a la búsqueda de oportunidades de inserción.

15.<sup>a</sup> La coordinación con los servicios públicos de vivienda mediante el establecimiento de actuaciones conjuntas para el acceso a la vivienda, la adecuación y mantenimiento de la misma, y especialmente frente a la pérdida de vivienda.

16.<sup>a</sup> La coordinación con los servicios de justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad y cualquier otro vinculado a los servicios públicos de la Administración Autonómica para el diseño de paquetes de servicios integrados que den respuesta a las necesidades de atención social de la población de referencia.

17.<sup>a</sup> La coordinación y el trabajo de red con los servicios sociales especializados, con los equipos profesionales de los demás sistemas de protección social y con las entidades y asociaciones del entorno que actúan en el ámbito de los servicios sociales.

18.<sup>a</sup> El estudio de la evolución y desarrollo de la realidad social local para la identificación de necesidades existentes o emergentes que requieran intervención social.

19.<sup>a</sup> El análisis de la información sobre necesidades y demanda de servicios sociales de la población de referencia para la planificación de las prestaciones y recursos necesarios.

20.<sup>a</sup> La evaluación de resultados de las actuaciones, intervenciones y tecnologías aplicadas al ámbito de los servicios sociales comunitarios.

21.<sup>a</sup> El estudio de la realidad social y análisis de necesidades y demanda de servicios sociales. En la evaluación de resultados se tendrá en cuenta el diferente impacto entre mujeres y hombres y se aplicará la perspectiva de género para facilitar la no perpetuación de roles de género.

22.<sup>a</sup> La organización y gestión de las prestaciones garantizadas y condicionadas que, según el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, sean ofertadas desde los servicios sociales comunitarios.

23.<sup>a</sup> La iniciación de la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, la elaboración de la propuesta del Programa Individual de Atención, así como la propuesta de revisión del mismo.

24.<sup>a</sup> La promoción de medidas de inclusión social, laboral o educativa para su población de referencia.

25.<sup>a</sup> El desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, la detección de menores en situación de desprotección, la detección e intervención en casos de menores en situación de riesgo y, cuando sea necesario, el abordaje terapéutico en el propio medio, mediante un tratamiento específico e integrador que compense situaciones de riesgo de desprotección o permita la reunificación familiar en aquellos casos en los que haya sido necesaria la adopción de medidas de protección.

26.<sup>a</sup> El abordaje terapéutico para evitar la adopción de medidas de protección y, en su caso, aquellas dirigidas a la reunificación familiar.

27.<sup>a</sup> El desarrollo de la mediación comunitaria e intercultural como método de resolución de conflictos y de promoción del empoderamiento ciudadano en la autogestión de sus conflictos.

28.<sup>a</sup> Cualesquiera otras atribuidas o encomendadas por la normativa vigente.

28.25<sup>a</sup>). En desarrollo de esta atribución, la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, contempla en su art. 87 la figura de la “situación de riesgo” para atender con ella a las personas menores de edad que, presuntamente, puedan encontrarse en una situación de desamparo o protección, correspondiendo a las entidades locales, a través de sus servicios sociales comunitarios, acordar la declaración de esta situación<sup>65</sup>.

El régimen y tratamiento de la situación de riesgo prevista en el art. 87 de la Ley 4/2021 ha sido desarrollado por el Decreto 100/2022, de 7 de junio, por el que se regula el Programa de tratamiento a familias con menores en situación de riesgo o desprotección<sup>66</sup>. Esta norma reglamentaria, además de detallar el procedimiento para la declaración de riesgo, regula el Programa de Tratamiento Familiar como instrumento de la Administración con el que “(...) proporcionar a las familias con menores en

---

<sup>65</sup> Art. 87. Situación de riesgo.

1. La actuación protectora en las situaciones de riesgo tendrá por objeto salvaguardar y restituir los derechos de la persona protegida, mediante una actuación en su propio medio que permita disminuir los factores de riesgo y potenciar los de protección, de manera que pueda continuar en su entorno familiar sin menoscabo de su bienestar ni de su desarrollo.

2. Las Entidades Locales de Andalucía son las administraciones públicas competentes para detectar, valorar, intervenir, declarar y llevar a cabo las actuaciones oportunas, en las situaciones de riesgo definidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. La valoración y la intervención se realizarán por los servicios sociales correspondientes de la Entidad Local competente por razón del territorio, y conllevará el diseño y el desarrollo de un proyecto de intervención familiar temporalizado en función de la edad y vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes.

3. A los efectos de esta ley, serán indicadores de riesgo los previstos en el art. 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

4. En aquellos casos en los que, por las circunstancias familiares o la gravedad de la situación, además de la actuación realizada por los servicios sociales se requiera de una intervención más específica e integradora, corresponderá a los equipos de tratamiento familiar la elaboración y ejecución de un proyecto de tratamiento interdisciplinar con la familia.

5. Los servicios sociales de la Entidad Local deberán contar con recursos complementarios dirigidos a satisfacer las necesidades básicas de la familia, además del apoyo técnico y de la coordinación con otros servicios municipales, sanitarios, educativos y cualquier otro medio que se estime necesario para la consecución de los objetivos y el proyecto propuesto.

6. Los servicios sociales de la Entidad Local podrán requerir el apoyo de la autoridad judicial a través del Ministerio Fiscal, en virtud del art. 158 del Código Civil, para promover actuaciones que posibiliten la intervención familiar a personas profesionales de estos servicios, cuando no sea pertinente la propuesta de declaración de desamparo y exista negativa de alguno de los padres, madres, personas tutoras, guardadoras o acogedoras, para poder llevar a cabo dicha intervención.

7. Para su conocimiento, los servicios sociales remitirán información al órgano competente para la declaración de la situación de riesgo, sobre los proyectos de intervención familiar que se estén llevando a cabo, así como de las propuestas de separación del núcleo familiar que se realicen a la Entidad Pública.

<sup>66</sup> BOJA núm. 110, de 10 de junio.

situación de riesgo o desprotección un tratamiento psicosocial y psicoeducativo específico e integrador que permita la adquisición de pautas rehabilitadoras que compensen los efectos de dichas situaciones sobre el bienestar de los niños y niñas”. Este programa se lleva a cabo a través de profesionales que componen los llamados Equipos de Tratamiento Familiar (ETF), los cuales se configuran como equipos de carácter multidisciplinar que, en el ámbito de los servicios sociales comunitarios, trabajarán con las familias en cuyo seno haya menores declarados en situación de riesgo. Si tras la intervención de estos equipos la situación de la persona menor se corrige, se da por concluida la intervención pública. Por el contrario, si persistiera, se dará parte de la misma a los servicios de protección de menores de las Delegaciones Territoriales para que, previo acuerdo de las correspondientes Comisiones Provinciales de Tutela y Guarda, se declare a la persona menor afectada en situación de desamparo al objeto de que deje de permanecer bajo la tutela de sus padres y pase a ser tutelado por la Administración, garantizando así su protección e integridad. En estos casos, el menor ingresará en un centro residencial o, con carácter preferente si existiera disponibilidad, se le facilitará una familia de acogida idónea, todo ello sin perjuicio de una ulterior adopción.

En cualquier caso, para concluir, cabe destacar que la tutela administrativa de la persona menor de edad derivada de una previa declaración de desamparo tiene un marcado carácter temporal, pues, una vez adoptada, desde los servicios de menores de las Delegaciones Territoriales se trabajará para, conjuntamente con las familias afectadas, eliminar la situación de riesgo que motivó el desamparo y, así, una vez alcanzado este objetivo, acordar la reintegración de la persona menor en su ámbito familiar de procedencia.

Explicado y detallado todo este complejo sistema administrativo, cabe afirmar y lo hacemos como reflexión a este estudio, que, a pesar de quedar bien definidos órganos y competencias, la nueva ley andaluza adolece de la

creación, existencia y regulación de un órgano administrativo que se encargue de toda la coordinación interadministrativa, es decir, la supervisión y coordinación de cada una de las actuaciones llevadas a cabo. Cabe afirmar, por tanto, que, en se echa en falta, esta figura concreta para que establezca esos mecanismos de coordinación referidos tanto con la Administración estatal, autonómica como con las entidades locales, a las que la propia Ley 4/2021, de 27 de julio, otorga importantes responsabilidades a través de los servicios sociales comunitarios, como la participación en la declaración de la situación de riesgo del menor.

### **III. CONCLUSIONES**

1º- Los menores de edad son sujetos especialmente protegidos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos los cuales establecen un marco de protección jurídica especial a través de distintas medidas y figuras jurídicas para todos aquellos que están desprotegidos frente a situaciones de riesgo o de desamparo.

2º-Respecto a las situaciones de riesgo. Siguiendo lo establecido en la normativa estatal, la situación de riesgo implica un perjuicio para el menor, pero no alcanza la gravedad suficiente por lo que la Administración debe adoptar medidas de intervención orientadas a la reducción o eliminación de los factores de riesgo. El legislador autonómico ha previsto que dicha declaración, que compete a la Administración Local, irá acompañada de un plan de intervención familiar, instrumento clave para corregir la situación de riesgo y garantizar el desarrollo del menor. En el caso de Andalucía, la declaración de situación de riesgo compete a la administración local a través de los servicios comunitarios y los Equipos de Tratamiento Familiar (ETF). Es de gran relevancia el papel que se le otorga a las administraciones locales en este tipo de situaciones El incumplimiento del referido plan, que tendrá una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis,

supondrá la existencia de fundamento para proceder a declarar la situación de desamparo de la persona menor, todo ello acompañado de un plan individualizado para cada menor que tendrá una duración de un año, siendo posteriormente revisable.

3º Respecto del concepto de desamparo, el legislador español tanto estatal como autonómico parte de una caracterización general del mismo combinándolo con un conjunto de supuestos ejemplificativos que luego facilitan la adopción de las decisiones necesarias. El procedimiento de declaración de desamparo (la última reforma legislativa ha mejorado las garantías de los derechos tanto de los menores como de sus allegados. Además, se ha introducido la declaración de situación de riesgo, de carácter preventivo y con consecuencias menos intensas que la declaración de desamparo.

Respecto al procedimiento de desamparo, establece un plazo máximo de duración de tres meses, y fija que su resolución deberá contemplar bien una guarda provisional (con una duración máxima de veinte días), bien la adopción de medidas de acogimiento familiar o residencial. Preferentemente, se optará por acogimiento familiar

4º Respecto a los menores con problemas de conducta, la ley autonómica también recoge que, en ningún caso, puede ingresar en centros aquellos menores de 13 años. En este sentido, la ley andaluza ha establecido medidas más restrictivas, de manera que no se pueden ingresar a menores de seis años de edad en centros de protección, cuando la normativa estatal establece la limitación en menores de tres años.

5º En relación a los llamados menores egresados, es decir aquellos que, si bien durante su minoría de edad estuvieron bajo tutela pública, quedan libres de esta al cumplir la mayoría de edad. Si bien esta situación queda al margen del concepto legal de “menor”, no es menos cierto que se trata de

un importante problema que, salvo contadas excepciones, queda en un limbo jurídico que hubiera sido oportuno abordar y regular en la Ley 4/2021 para implementar medidas a desarrollar con estos jóvenes durante su minoría de edad al objeto de evitar una nueva situación de desamparo, ya sin protección alguna, al abandonar la situación de tutela pública. En este sentido, creemos que hubiera sido conveniente garantizar en el texto legal medidas que, de hecho, ya se están desarrollando en la comunidad andaluza, como los pisos tutelados, los centros de alta intensidad y los programas de inserción laboral, actuaciones que, en colaboración con distintas entidades privadas, permiten a los jóvenes egresados normalizar de forma paulatina su plena integración independiente en la sociedad.

6º En relación a la coordinación interadministrativa, la ley andaluza obvia la creación de un órgano de coordinación interadministrativo, sin embargo, si existen los órganos necesarios con competencias claramente definidas.

7º Como valoración final, ¿Resulta efectiva la descentralización propuesta por la ley autonómica? ¿Dónde radica el problema? La respuesta es compleja. La raíz del problema radica en la insuficiencia de recursos humanos y materiales, así como en una más que recomendable mejora de los sistemas de coordinación que existen entre las diferentes administraciones. En este entramado, la administración autonómica ha otorgado una serie de competencias inasumibles a las administraciones locales a las que no está acompañada de la infraestructura requeridas. La descentralización de las medidas de protección y todos los mecanismos que se ponen en torno a las mismas obedecen a una técnica jurídica, formalmente perfecta pero materialmente deficiente y perniciosa pues sin la necesaria descentralización de recursos, desembocamos en un colapso de los servicios sociales comunitarios cuyas estructuras son incapaces de asumir el ingente elenco de competencias que el legislador le atribuye.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALLUEVA AZNAR, L., “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, 2011, p. 10.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup>., “La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores” en Martínez García, C. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid 2016 pp.139.

BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, pp. 20 y ss).

BORREGO MUÑOZ, G., “El sistema de protección de menores”, *Revista de Educação e Humanidades* núm. 6, Universidad de Granada, Granada, 2014, pp. 85-95.

DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección de la infancia*, Madrid, 2006, p. 113.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*. Madrid, 2001. pp.230 y ss.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., “Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales”, *Fundación Save the Children, Málaga*, 2015, p. 17.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia” en *Revista ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. I.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés superior del menor*, Madrid, 2000.

SANTAMARÍA PÉREZ, M.<sup>a</sup> L., *La delimitación del interés superior del niño ante una medida protección institucional*, Universidad Internacional de Cataluña, Barcelona, 2017, p. 74.

SOLÍS DE OVANDO, R., *Diccionario de política e intervención social sobre la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, 2014, p.64.

TENA PIAZUELO, I., «El sistema de protección de menores en el derecho español» *Revista de la asociación ius et veritas*, nº42, 2011, pp.16-26.

TRUYOL, T., *Los derechos humanos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1971, p. 37.

VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.

## CAPÍTULO XII

# El menor en el concurso de acreedores tras la transposición de la Directiva Europea 2019/1023 de reestructuración e insolvencia

*Sonia Uceda Martínez*

*Universidad de Jaén (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. INSOLVENCIA DEL DEUDOR Y LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL. 1. Sujetos legitimados para pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal. 2. Sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal. 3. Contenido de la tutela jurisdiccional concursal: los efectos de la declaración de concurso. 4. La causa de pedir de la acción de la tutela jurisdiccional concursal: el presupuesto objetivo del concurso. III. LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO. 1. El presupuesto subjetivo. 2. El presupuesto objetivo. IV. INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL CARGO DE ADMINISTRADOR CONCURSAL DEL MENOR EN EL CONCURSO DE ACREEDORES. V. EL DERECHO DE ALIMENTOS. 1. Concepto. 2. Presupuesto objetivo. A. El estado de necesidad del concursado persona natural. B. La existencia de bienes suficientes en la masa activa. 3. Procedimiento para fijar los alimentos. 4. Beneficiarios del derecho de alimentos que debe prestarse con cargo a la masa. Descendientes bajo potestad del concursado. VI. EL DEBER DE ALIMENTOS. 1. Beneficiarios del deber de alimentos del concursado. 2. Requisitos. 3. Procedimiento para fijar los alimentos. VII. LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO DE ALIMENTOS. 1. Planteamiento. 2. Tratamiento VIII. EL PRINCIPIO DEL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” Y LAS PENSIONES ALIMENTICIAS. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (en adelante, TRLC 2022), se ha dado un paso más para el progreso del Derecho Concursal, que ya desde sus inicios ha estado sometido a incesantes reformas<sup>1</sup>, concibiéndose por ello como un derecho fragmentario.

Y concretamente, en lo que atañe al menor de edad -siendo éste nuestro objeto de estudio- esta reforma ha mantenido la incompatibilidad en cuanto a su nombramiento como administrador concursal, al igual que la regulación sobre su legitimación, tanto activa como pasiva, para obtener la tutela concursal concedida por el ordenamiento jurídico como sujeto afectado por la insolvencia del deudor común; en cambio, y pese a que se han mantenido intactos dentro de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona natural los artículos que regulan con carácter específico (artículos 123 a 125 de la sección 3ª, del capítulo I, título III (Libro Primero) el régimen de alimentos y el derecho a solicitar por parte del cónyuge del concurso la disolución de la sociedad conyugal previsto en el TRLC 2020, la realidad es que a través de la modificación de otros artículos del TRLC 2022 se ha alterado de forma indirecta el derecho y el deber de alimentos<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> La Exposición de Motivos de Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo dispone que: “La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones. Las esperanzas que había suscitado ese derecho de nueva planta, con la lógica aspiración a la estabilidad normativa, pronto se desvanecieron: desde la fecha de promulgación de esta ley, sucesivas leyes y decretos-leyes, con un ritmo acentuado en la décima legislatura, han sustituido principios y enmendado normas legales, a la vez que han constituido el cauce para la inclusión de nuevas instituciones y de nuevas soluciones...”.

<sup>2</sup> Establece el artículo 123 TRLC 2022, en lo relativo al derecho de alimentos que: “1. En el caso de que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos, el concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibirlos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, para atender sus necesidades y las de su

concretamente, a través del artículo 242.1.3º TRLC 2022 que clasifica y enumera los créditos contra la masa, y entre los que figura en el ordinal 3º “los créditos por alimentos a los que tuviera derecho el deudor y los que este último tuviera deber legal de prestar conforme a lo dispuesto en esta ley devengados antes o después de la declaración de concurso”, ordinal que simplifica la anterior redacción del crédito de alimentos (antes, ordinal 7º), que ha modificado la calificación de créditos ordinarios de los alimentos devengados antes de la declaración del concurso, por la de créditos contra la masa, y así por esta vía, ha conseguido proteger el crédito por alimentos a cargo del concursado (persona física) sea cual sea el momento en el que nazca e independientemente de que haya o no resolución judicial<sup>3</sup>; por ende, y en concordancia con lo anterior, se ha modificado también el artículo 281.2.1.º TRLC 2022, excluyendo de la posible calificación como subordinado al crédito por alimentos, pese a que antes de la reforma cabía la posibilidad de que pudiera calificarse como tal, cuando el crédito de alimentos tuviera como titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 282 TRLC 2022); actualmente, se exceptiona de tal regla, y se califican como ordinarios los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración del concurso; otro de los artículos al que se le ha dado una nueva redacción, es el 250 TRLC 2022, que versa sobre el pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa, y es que el actual artículo 250 liga causalmente la imprescindibilidad a la “simple liquidación”, lo que implica que

---

cónyuge y descendientes bajo su potestad. El derecho a percibir alimentos para atender a las necesidades de la pareja de hecho solo existirá cuando la unión estuviera inscrita y el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común. 2. En caso de intervención, la cuantía y periodicidad de los alimentos serán las que determine la administración concursal; y, en caso de suspensión, las que determine el juez, oídos el concursado y la administración concursal. 3. En caso de suspensión, el juez, a solicitud del concursado con audiencia de la administración concursal o a solicitud de esta con audiencia del concursado, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos”, y el artículo 124 TRLC 2022, respecto del deber de alimentos: “1. En el caso de que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos, las personas distintas de las enumeradas en el artículo anterior respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de prestarlos solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos. 2. El interesado deberá ejercitar la acción de reclamación de los alimentos ante el juez del concurso en el plazo de un año a contar desde el momento en que hubiera debido percibirlos. El juez del concurso resolverá sobre su procedencia y cuantía. 3. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso. El exceso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario”.

<sup>3</sup> THOMAS PUIG, Petra: “Los créditos contra la masa”, en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (dir. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1340-1353.

no solo deben tener cabida en esta excepción los créditos causalmente vinculados a la conclusión de la liquidación (honorarios de entidades especializadas, gastos notariales o registrales, etc.) sino también, aquellos en que es preciso incurrir para una “mejor liquidación” del bien o derecho, si bien, se mantiene en tercer orden “los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional»; el artículo 413 TRLC 2022 que versa sobre los efectos especiales que tienen ocasión sobre el concursado tras la apertura de la fase de liquidación y que produce, entre otros, “la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender a las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes bajo su potestad y ascendientes a su cargo”, con esta reforma se incluye a los ascendientes a su cargo de manera expresa; otra de las novedades que afectan al derecho de alimentos es la que atañe a la figura jurídica de la exoneración del pasivo insatisfecho, la redacción del artículo 489.1.3º TRLC 2022 abandona el criterio de fijación de umbrales mínimos de satisfacción de deudas para poder alcanzar la exoneración y elimina cualquier referencia a parámetros o criterios concursales [como créditos contra la masa o créditos concursales (privilegiados, ordinarios o subordinados)], haciendo referencia a las categorías de créditos en función de su origen o naturaleza ajena al concurso, tratando así de erradicar los innumerables problemas que surgían en la práctica por la diferente interpretación y aplicación que se realizaba por los operadores jurídicos. En este sentido, la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en adelante, la Directiva 2019/1023) en el artículo 23.4<sup>4</sup> recogía a título de ejemplo, una relación de

---

<sup>4</sup> El artículo 23.4 de la Directiva 2019/1023, afirma que: “Los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, en los siguientes casos: a) deudas garantizadas; b) deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas; c) deudas derivadas de responsabilidad extracontractual d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas”.

deudas no debían ser exonerables entre las que figuraban las deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; de éste, se hace eco el artículo 489 TRLC 2022, que concreta en la exoneración del pasivo insatisfecho cuáles son las deudas insatisfechas que van a resultar exoneradas, y excepciona a las deudas por alimentos; en la misma línea, el artículo 496 TRLC 2022 que hace referencia, dentro de las modalidades de exoneración a la que se realiza con plan de pagos, y establece como regla general, que el plan puede afectar a todos los créditos, incluidos los contingentes y los sometidos a condición, pero también excepciona de dicha exoneración a los créditos por alimentos derivado de relación familiar, a determinados créditos laborales, y a los créditos derivados de daño extracontractual; se introduce el Libro III, que contempla por primera vez un “Procedimiento especial para microempresas”, que en la fase de liquidación acuerda –en el artículo 694 ter TRLC 2022– en cuanto a los efectos de la apertura del procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento, que cuando el deudor sea persona natural, producirá los efectos específicos en relación con los alimentos y la disolución de la sociedad conyugal previstos en el Libro primero; en último lugar, en el artículo 698 TRLC 2022, se regula la aprobación del Plan de Continuación, y como novedad, la posible afectación del Plan a cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y los sometidos a condición, si bien se excluyen como posibles afectados, entre otros, los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio.

Enumeradas las principales novedades introducidas en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, tras la reforma de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre (transposición de la Directiva europea 2019/1023 de reestructuración e insolvencia) en lo que concierne al menor, procedamos a un estudio más detallado en los siguientes epígrafes.

## II. INSOLVENCIA DEL DEUDOR Y LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCURSAL

Antes de analizar las peculiaridades que presenta el procedimiento concursal cuando el concursado o el acreedor es un *menor de edad*, considero necesario realizar una observación, en cuanto a que siendo el concurso de acreedores un proceso implantado para dar respuesta a la insolvencia del deudor común, debemos significarlo como una forma de tutela jurisdiccional. Por ello, la acción concursal se concibe como una herramienta que el ordenamiento jurídico ofrece tanto al propio deudor como a sus acreedores, para procurarles la tutela jurisdiccional que necesitan.

Así, partimos de la existencia de dos acciones concursales distintas, la acción concursal del deudor y la acción concursal de los acreedores, integradas ambas por elementos diferentes (una y otra acción pueden ser ejercitadas por el *menor de edad*, asistido por sus representantes legales, y/o en su defecto, por el Ministerio Fiscal). Los problemas que plantea la insolvencia al deudor insolvente y a sus acreedores, son distintos, por lo que tutela jurisdiccional ante la insolvencia no es igual para uno y otros. De ahí, que sea necesario dividir el derecho de acción referido a la tutela jurisdiccional concursal para adecuarlo a las diferentes situaciones del deudor y de los acreedores que requieren tutelas también diferentes<sup>5</sup>.

Se expondrá el estudio de las acciones concursales del deudor y de los acreedores desde el esquema clásico que identifica las acciones en función de tres elementos: sujetos, *petitum* y causa de pedir.

### 1. Sujetos legitimados para pedir y obtener la tutela jurisdiccional concursal

La Ley contempla la posibilidad de reclamar la tutela concursal a los sujetos directamente afectados por la insolvencia del deudor. La legitimación activa es la

---

<sup>5</sup> PINEROS POLO, Elena: “La tutela jurisdiccional concursal. Sujetos, presupuestos y efectos del concurso desde una perspectiva procesal”, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 2-10,

que se requiere para solicitar la declaración de concurso. Son sujetos legitimados activamente, el propio deudor insolvente y los acreedores. Siendo el deudor una persona física, la solicitud deberá de hacerla él mismo, salvo que sea *menor de edad* (o incapacitado), en cuyo caso la legitimación corresponderá a sus padres (o tutores).

El artículo 154 del Código Civil - tras la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección infancia y adolescencia- establece que la patria potestad comprende una serie de deberes y facultades que incumben a los progenitores, entre los que se encuentra el deber de administrar los bienes de sus *hijos menores*, en este caso deberá examinar el interés en solicitar la declaración de concurso, o instar la solicitud de declaración de concurso de un tercero deudor.

La legitimación activa de los *acreedores* responde a una necesidad de tutela jurisdiccional concursal distinta. En general, la ley legitima activamente a los acreedores a fin de proporcionarles una vía para hacer uso del principio *par conditio creditorum*, en peligro por la insolvencia del deudor común. También, el menor de edad podrá en calidad de acreedor instar al ejercicio de esta acción, si bien, deberá estar asistido legalmente.

## **2. Sujetos pasivos de la tutela jurisdiccional concursal**

Igualmente, respecto a la legitimación pasiva se distingue la acción concursal del deudor y la de los acreedores. Cuando es el *deudor* quien ejercita la acción, se considera que la acción se dirige frente a todos sus acreedores. Y es así, porque todos los acreedores van a resultar directamente afectados por dicha declaración, ya que van a ser considerados sujetos pasivos de la acción que permite al deudor insolvente pedir y obtener de los tribunales que se declare el concurso. Si se ejercita la acción concursal de los *acreedores*, será sujeto pasivo de la tutela jurisdiccional que se reclama, el deudor insolvente. La acción concursal se dirige contra el deudor insolvente, que es el sujeto preponderantemente afectado por la declaración del concurso, habida cuenta de los efectos que la Ley vincula a dicha declaración. Si bien, la Ley se refiere al deudor como sujeto pasivo del concurso de acreedores sin limitar esta condición a los deudores societarios, a los

empresarios, y a cualquier sujeto jurídico, independientemente de si desarrolla actividad profesional o empresarial por cuenta propia, por cuenta ajena, o no desarrolla actividad ninguna, y al resto de los acreedores no solicitantes del concurso. De ahí que sea necesario también contemplar a estos acreedores entre los sujetos pasivos de la acción concursal.

### **3. Contenido de la tutela jurisdiccional concursal: los efectos de la declaración de concurso**

El siguiente de los elementos que identifican la acción de tutela jurisdiccional concursal es el *petitum*, esto es, el que ejercita la acción concursal solicita la declaración judicial del concurso y reclama que se produzcan unos efectos en la resolución judicial que declara el concurso. Que son: suspender el cumplimiento de las obligaciones, sujetar el patrimonio del deudor a un régimen especial de gestión y administración; e iniciar procedimientos para satisfacer de manera ordenada a los acreedores, y en la medida de lo posible, sanear la economía del concursado para tratar de mantener su actividad profesional o empresarial.

### **4. La causa de pedir de la acción de la tutela jurisdiccional concursal: el presupuesto objetivo del concurso**

La causa de pedir, se viene distinguiendo como el presupuesto objetivo del concurso, esto es, la insolvencia del deudor común. Si bien, el texto legal hace referencia a dos tipos de insolvencia, la insolvencia actual (momento en que el deudor no puede cumplir sus obligaciones exigibles) y la insolvencia inminente (hace referencia a un momento anterior, cuando el deudor prevé que no podrá satisfacer sus obligaciones regular y puntualmente en un futuro próximo). Dependiendo de la situación de insolvencia en que nos encontremos variará quién puede solicitar y obtener la tutela jurisdiccional concursal. Así, si el deudor común se encuentra en la situación de insolvencia inminente hasta que no llegue a la insolvencia actual, él es el único sujeto que puede solicitar y obtener la tutela jurisdiccional concursal; a partir del momento en que se llega al estado de

insolvencia actual, puede ejercitarse tanto por el deudor, como por los acreedores.

### **III. LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO**

#### **1. El presupuesto subjetivo**

El primero de los presupuestos que debe concurrir para la declaración de concurso, es el presupuesto subjetivo, que hace referencia a la condición de persona del deudor (artículo 1 TRLC 2022). Las personas, naturales o jurídicas, pueden ser declaradas en concurso, y en lo que nos atañe, también los *menores de edad* pueden ser declarados en concurso en tanto no hayan fallecido (art. 32-I CC) o no hayan sido declarados fallecidos (arts. 193 y ss. CC).

Para evaluar la conveniencia de solicitar la declaración de concurso de acreedores del menor, debemos acudir al Código Civil, concretamente al Título VII “De las relaciones paterno-filiales” (artículos 154 a 168) para atender a los criterios jurídicos que deben ser tenidos en cuenta por los que ostenten la patria potestad para disponer o administrar los bienes de los hijos, y/o ejercitar alguna reclamación, en condición de acreedores.

#### **2. El presupuesto objetivo**

El segundo de los presupuestos, es el consistente en la insolvencia del deudor (art. 2 TRLC). Si bien, si partimos del TRLC 2022 junto al presupuesto objetivo del concurso, se contempla el del precurso (que requiere la homologación de un plan de reestructuración) y el del procedimiento especial para microempresas.

Así, si el deudor que tiene la condición de persona y no está expresamente excluido (presupuesto subjetivo) se encuentra en insolvencia (presupuesto objetivo) puede ser declarado en concurso de acreedores, ya sea a petición propia, o a petición de otra persona legitimada.

Dentro de este presupuesto objetivo, podemos diferenciar varios tipos de insolvencia, la inminente, la actual y la cualificada, que se conciben relacionando este presupuesto objetivo con los sujetos legitimados para solicitar la declaración de concurso. En efecto, una vez que el/los representantes legales del menor determinen que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del menor deudor, ésta deberá diferenciarse en atención al sujeto que presenta la solicitud de declaración de concurso.

Si bien, y en cuanto al menor, conforme señala el artículo 154 del Código Civil - con nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y adolescencia- la patria potestad comprende una serie de deberes y facultades que incumben a los progenitores, entre los que se encuentra el deber de administrar los bienes de sus hijos menores. Se regula en el Código Civil (Libro I “De las Personas”, Título VIII “De las relaciones paternofiliales”, Capítulo III “De los bienes de los hijos y su administración”), y del texto legal se infiere que serán estos los que decidan, en atención a la situación económica que atraviesen, solicitar que se declare al menor en concurso de acreedores, no obviando que el art. 5 TRLC 2022 impone el deber de hacerlo dentro de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual; al igual que, a contrario sensu, personarse en condición de acreedor. Todo ello, sin perjuicio de que si existiera algún interés opuesto entre el menor y los progenitores, se nombraría un defensor judicial que representara a éste en juicio o fuera de él, a no ser que el conflicto surgiera con uno solo de sus progenitores, y en su caso, lo representaría el otro. El nombramiento del defensor judicial o la habilitación para comparecer en juicio, se tramitará según lo dispuesto en los arts.27 a 32 de Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.

#### **IV. LAS INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES DEL MENOR PARA EL CARGO DE ADMINISTRADOR CONCURSAL**

La administración concursal (en adelante, AC) tiene atribuidas una serie de funciones que debe desempeñar a lo largo del procedimiento concursal y que

requieren unas condiciones idóneas para su desempeño. Su labor es decisiva para el buen funcionamiento del concurso de acreedores. Por esta razón, se exige una aplicación rigurosa de las circunstancias legales que se conforman como impositivas para el acceso a la AC. Así, se establecen incompatibilidades y prohibiciones para el desempeño del cargo de AC, que no sólo han de tenerse en cuenta en el momento del nombramiento sino también durante el desempeño del mismo, y que conforman causas de recusación de la AC, junto con las determinadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la recusación de peritos (artículo 73 TRLC 2022 y artículo 124 LEC). Estas normas se aplican también a los auxiliares delegados (y a los expertos independientes) que puedan ser nombrados.

En el catálogo de incompatibilidades se establece que no pueden ser nombrados administradores concursales, los que no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, lo que reconduce a que muchos supuestos, que pueden ser calificados como incapacidades (*menores de edad no emancipados y judicialmente incapacitados*), como inhabilitaciones (las personas inhabilitadas conforme a la legislación concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado por la sentencia de calificación del concurso y los condenados por determinados delitos) y como incompatibilidades (quienes por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio, los funcionarios cuyas funciones se relacionen con las actividades propias del concursado, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal)<sup>6</sup>.

## **V. EL DERECHO DE ALIMENTOS**

Como indicábamos –dentro de los efectos de la declaración de concurso– se regulan instituciones propias del concurso de persona natural en los artículos 123 a 125 de la sección 3<sup>a</sup>, del capítulo I, título III (Libro Primero) del TRLC 2022,

---

<sup>6</sup> Cfr. CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique, “La Administración Concursal” en AAVV.: *GPS Concursal*, (dir.: CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 275.

concretamente el derecho/deber de alimentos y la disolución de la sociedad conyugal. El legislador mantiene la mejora en la ubicación de estas figuras, al aunar en la misma sección y capítulo estos derechos, manteniéndose la que la Ley 38/2011, de 10 de octubre modificó en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), que la regulaba en la sección 1ª, del capítulo II “De la determinación de la masa Activa”, título IV (Libro Primero).

## **1. Concepto**

Al igual que ocurría en la LC, no se define en el TRLC 2022 el concepto de derecho de alimentos, y por esta razón debemos acudir a la normativa civil –común o foral– para determinarlo. Remitiéndonos al derecho común, concretamente al Código Civil (en adelante, CC), el derecho de alimentos se regula en el Libro I (“De las personas”) título VI (“De los alimentos entre parientes”) en los artículos 142 a 153, por lo que extrapolaremos dicho concepto al Derecho Concursal.

Así, el artículo 142 CC dispone que se entiende por alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Por tanto, cuando hablamos del derecho de alimentos en la normativa civil, (o de derecho foral) se hace referencia a los gastos imprescindibles para cubrir las necesidades vitales del alimentista, tales como la vivienda, alimentación, gastos de suministros (como la luz, agua, gas...) esto es, todos aquellos gastos que pueden considerarse como “mínimos” para desarrollar una vida digna, y entre los que podríamos incluso incluir –adaptándonos a la realidad actual– el transporte, teléfono e internet, necesidades que van incrementándose con el transcurso del tiempo, lo que nos permite afirmar que es un concepto cambiante y en continua evolución; por tanto, para una correcta interpretación del artículo 142 CC debemos relacionarlo con el artículo 148 CC que afirma que la obligación de dar alimentos –al que tiene derecho a percibirlos– solamente se puede exigir “para

que subsista el alimentista”, razón por la que el resto de gastos que excedan de ese “mínimo de subsistencia” quedarían excluidos de este derecho. Se trata de un concepto acotado, que se requiere sea para poder “subsistir”. Por lo tanto, en el ámbito del concurso, los alimentos a los que se refiere el artículo 123 TRLC deberían circunscribirse única y exclusivamente a la manutención diaria y el resto de los gastos indicados sujetarse a otros gastos previstos por la normativa concursal<sup>7</sup>.

A diferencia del artículo 47 LC en el que se regulaba tanto el derecho de alimentos que nacía a favor de la persona física deudora para garantizar su subsistencia como el deber de alimentos del concursado para con las personas que dependían de él (descendientes, ascendientes o pareja de hecho asimilable), en el TRLC 2022 el régimen de alimentos se regula en el artículo 123, y establece: “En el caso de que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos, el concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibirlos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, para atender sus necesidades y las de su cónyuge y descendientes bajo su potestad.

## **2. Presupuesto objetivo**

El presupuesto objetivo de la declaración del concurso es la insolvencia, actual o inminente del concursado. Ese estado de insolvencia, en el caso de tratarse de una persona física, al margen de su condición o no como empresario, plantea la importante cuestión de la necesidad de prever la subsistencia del deudor, y en su caso, de determinadas personas vinculadas al mismo

Los presupuestos objetivos para que se constituya el derecho de alimentos del concursado con cargo a la propia masa activa del concurso son, según lo previsto en el artículo 123 TRLC 2022, los siguientes:

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: “Efectos específicos sobre la persona natural en el concurso de acreedores” en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (dir. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 734-735.

### ***A. El estado de necesidad del concursado persona natural***

Una de las principales reformas que sufrió la LC, fue la de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, que tuvo como objetivo eliminar los desatinos que se pusieron de manifiesto a la hora de aplicar la norma –ya que no vinculaba el derecho de alimentos a la situación económica del deudor concursado, ni a su estado de necesidad– y supeditar la concesión de alimentos al estado de necesidad del concursado (artículo 47 LC). La misma regulación del TRLC 2020 se ha mantenido en el artículo 123 TRLC 2022.

Para fijar lo que se puede conceptualizar como “estado de necesidad” del concursado, acudimos a la normativa civil (artículos 142 a 152 CC). El estado de necesidad del alimentista<sup>8</sup> es un criterio fundamental que servirá para determinar la cuantía de los alimentos, que –según estipula el artículo 146 CC– deberá ser proporcional a dichas necesidades. Además, este criterio deberá adecuarse a la situación que en cada momento se vaya generando, tal y como alega el artículo 147 CC “se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista...”. Razón por la que, al igual que es un criterio necesario para el nacimiento de la obligación, también lo será para su extinción según las conductas del propio alimentista.

En el procedimiento concursal, para examinar si el deudor se encuentra en estado de necesidad, la AC y, en última instancia el Juez del Concurso, deberán evaluar esta situación; para ello examinarán si el deudor dispone de algún tipo de ingreso o ayuda que no esté incluida en la masa activa del concurso, al igual que las necesidades efectivas mínimas que tenga el deudor, necesidades que se ponderarán acordes a un nivel de vida en condiciones de dignidad.

Es fundamental conocer el valor que tiene la masa activa del concurso para comprobar si el deudor se encuentra realmente en ese estado de necesidad, y una

---

<sup>8</sup> Concretamente entre la jurisprudencia que la desarrolla, destacamos, la SAP 19 enero de 2015 (Roj: SAP GC 7/2015 - ECLI: ES: APGC: 2015:7) refiere: “...Todo ello alude a uno de los presupuestos de la deuda alimenticia: el estado de necesidad del alimentista. Como señala la doctrina, no existe necesidad en una persona que le derecho a reclamar alimentos si el alimentista tiene ingresos o rentas; tampoco existe dicha situación de necesidad si el alimentista tiene capacidad laboral para cubrir sus necesidades, lo que resulta, sobre todo, del artículo 152 del Código Civil, que prevé la extinción de la deuda alimenticia cuando el alimentista tiene fortuna, trabajo o posibilidad de trabajo...”.

vez que conozcamos los bienes y derechos que integran su patrimonio, y sus necesidades vitales, se podrá obtener dicho parámetro.

En el marco del TRLC 2022, es en el artículo 192 donde se regula la composición de la masa activa (Principio de universalidad) que dispone: “1. La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables”.

Por tanto, para el cálculo del valor de la masa activa se excluirán los bienes o derechos inembargables, de entre los que figuran, por ejemplo, las rentas, salarios o pensiones que no superen el mínimo embargable, y quedarán, a disposición del concursado lo inembargable para hacer frente a sus necesidades alimenticias.

A la vista de que no se define lo inembargable, se acuerda una remisión normativa a los artículos 605 a 609 LEC. En el artículo 607 LEC se regula la escala de embargabilidad de sueldos y pensiones.

### ***B. La existencia de bienes suficientes en la masa activa***

En el concurso deben existir bienes o derechos de carácter patrimonial suficientes como para cubrir los alimentos del deudor, esto es, que haya suficiencia de masa activa, y además que esa masa activa siga generando efectivo, ya que es una de las causas que puede justificar la realización de activos durante la fase común.

Al ostentar estos alimentos la calificación de créditos contra la masa, solo podrán hacerse efectivos cuando la masa disponga de bienes suficientes para su pago conforme al régimen ordinario de pagos de los créditos contra la masa – que es, a su vencimiento–, puesto que de otra manera se llegaría al absurdo de convertir al deudor en el principal acreedor del concurso<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: “Efectos específicos sobre la persona natural”, cit., p. 736.

### **3. Procedimiento para fijar los alimentos**

El TRLC 2022, en su artículo 123, en atención a que el deudor concursado tenga sus facultades administración y disposición intervenidas o suspendidas, prevé un trámite para fijar los alimentos.

Así, en el caso en el que al deudor se le hayan intervenido sus facultades patrimoniales, le corresponderá a la AC fijar los alimentos, y para el caso de que las tenga suspendidas, será el Juez del Concurso el que lo hará. Ambos trámites se registrarán por el principio de contradicción, si bien, no se tramitará por los cauces de un incidente concursal sino que se hará mediante un trámite de audiencia y/o de traslado, a la AC y al concursado tal y como se contempla en el artículo 123.2 y 3 TRLC 2022<sup>10</sup>. No se prevé un traslado preceptivo a los acreedores personados, pero ello no es óbice para que estos puedan realizar las alegaciones que consideren pertinentes. Tampoco se ha previsto en el TRLC 2022 si este trámite de audiencia debe realizarse por escrito o mediante comparecencia, si bien la praxis jurídica apuesta por la agilidad procesal (puesto que la materia en sí requiere prioridad en la resolución) por lo que será el Juez del Concurso –en atención a las circunstancias del juzgado y del caso concreto– quien lo decida, compaginando la flexibilidad procesal con las garantías del procedimiento. El juez, una vez oído al concursado y a la AC, y tras valorar las circunstancias del caso, dictará resolución judicial, que revestirá la forma de auto, en la que motivará, si acuerda –o no– la fijación de alimentos, su cuantía y su periodicidad.

Este auto quedará sometido al régimen general de recursos, por lo que contra el mismo cabrá recurso de reposición, también podrá ser objeto de recurso de apelación, por cuanto se prevé en la ley la posibilidad de plantear incidentes concursales que afecten al pago de los créditos contra la masa, como pueden ser los alimentos (artículo 242 TRLC 2022).

Los alimentos a favor del concursado comienzan a devengarse desde que se dicta el auto reconociéndole el derecho a percibirlo, si bien, excepcionalmente se puede acordar este derecho con carácter retroactivo cuando la resolución se ha

---

<sup>10</sup> “2. En caso de intervención, la cuantía y periodicidad de los alimentos serán las que determine la administración concursal; y, en caso de suspensión, las que determine el juez, oídos el concursado y la administración concursal. 3. En caso de suspensión, el juez, a solicitud del concursado con audiencia de la administración concursal o a solicitud de esta con audiencia del concursado, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos”.

retrasado más allá de lo razonable. Este auto que acuerda el derecho de alimentos, también podrá ser modificado si cambian las circunstancias en las que se basó el Juez para acordarlo –en el supuesto de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado– y para ello, se procederá a instancia del deudor o de la AC, y con audiencia de quien no lo hubiera solicitado (artículo 123.3 TRLC 2022). En el supuesto de intervención de las facultades patrimoniales del deudor concursado, será la AC la que modifique tal decisión.

Por último, debemos tener en cuenta que el derecho de alimentos con cargo a la masa activa se extingue cuando se acuerde la apertura de la liquidación, salvo cuando fuere imprescindible para atender a las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes bajo su potestad y ascendientes a su cargo (artículo 413.2 TRLC 2022), destacamos que –tras la nueva redacción del articulado– se incluyen las necesidades de los ascendientes a su cargo, beneficiarios que no se contemplan en el artículo 123 TRLC 2022, pero que se encuentran entre los que han reclamado estos alimentos, según el artículo 124 TRLC 2022. En estos casos, lo que suele acordarse es la reducción de la cuantía a lo imprescindible para atender las necesidades mínimas vitales.

#### **4. Beneficiarios del derecho de alimentos que debe prestarse con cargo a la masa**

El derecho de alimentos al que alude el artículo 123 TRLC 2022, no solo se le reconoce al concursado persona natural para atender a sus necesidades, sino también a las de su cónyuge, a las de su pareja de hecho inscrita (“siempre que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común”), y a las de sus descendientes bajo su potestad.

A la vista de que no se concreta en el texto legal cuáles son estos beneficiarios y no precisando el TRLC 2022 ninguna circunstancia especial, –a salvo en la pareja de hecho– debemos remitirnos a legislación civil común, o en su caso, al derecho civil propio de las comunidades autónomas.

En este apartado nos centraremos exclusivamente a desarrollar lo relativo al derecho de alimentos de los descendientes que están bajo la potestad del concursado, pese a que el precepto legal abarca también al cónyuge y/o pareja de hecho, por ser la figura del *menor de edad* el objeto de nuestro estudio.

Así, el concursado tiene la obligación de prestar alimentos a los descendientes que estén bajo su potestad. La obligación de prestar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1 CC, y de aquellos otros casos en que, conforme al artículo 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia (STS 14 de octubre 2014)<sup>11</sup>. En el caso de hijos menores de edad, el derecho a alimentos forma parte de un conjunto más amplio de deberes del progenitor, vinculados a la patria potestad (artículo 154 CC); en cambio, con la mayoría de edad, no se pierde el derecho a alimentos sino que subsiste, pero a partir de ese instante se configura como un derecho alimenticio en sentido estricto, se extiende a lo indispensable al extinguirse la patria potestad (artículo 143 CC).

Respecto del concepto de alimentos que el deudor ha de prestar a los descendientes que se encuentren bajo su potestad, éste debe extraerse de las normas y la jurisprudencia civil general; puede ser útil la referencia a la STS 12 de febrero 2015<sup>12</sup> que aborda el deber de alimentos del progenitor hacia sus hijos, según sean menores o no, y la muy excepcional –con criterio restrictivo y ocasional– posibilidad de suspender tal obligación, así en la referida sentencia se señala en relación con los alimentos a descendientes bajo patria potestad que: “...se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 octubre 1993<sup>13</sup>). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales

---

<sup>11</sup> STS 14 octubre 2014 (Roj: STS 3877/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3877).

<sup>12</sup> STS 12 febrero 2015 (Roj: STS 439/2015 - ECLI:ES:TS:2015:439).

<sup>13</sup> STS 5 octubre 1993 (Roj: STS 6585/1993 - ECLI:ES:TS:1993:6585).

de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención...[...] ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014<sup>14</sup>)...lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante”; en relación a los hijos mayores de edad bajo potestad de sus progenitores, en STS 8 noviembre 2012<sup>15</sup> y 17 de junio de 2015<sup>16</sup>, se ha declarado conforme al artículo 142 del C. Civil, que han de abonarse alimentos a los hijos mayores de edad mientras dure su formación y su prolongación no pueda serles imputable por desidia o falta de aprovechamiento. Es necesario hacer mención –por su relevancia– al derecho de alimentos cuando el beneficiario es un hijo mayor con discapacidad<sup>17</sup> en este caso, la jurisprudencia lo equipara a la de los menores de edad en relación a la pensión alimenticia a establecer, modificar o extinguir en un proceso matrimonial, mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carezca de recursos (STS 7 Julio 2014<sup>18</sup>), si bien, esta equiparación es relativa porque deberá atenderse a las circunstancias particulares, tanto de la persona afectada por la discapacidad como del alimentante (STS 13 diciembre 2017<sup>19</sup>).

Por tanto, las necesidades de los hijos del concursado se encuentran cubiertas con cargo a la masa activa; ahora bien, la legislación concursal trata un concepto de alimentos más estricto que el previsto en el CC, lo que supondrá que lejos de modificar la resolución del Juzgado de Primera Instancia o de Familia, en

---

<sup>14</sup> STS 16 diciembre 2014 (Roj: STS 5096/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5096).

<sup>15</sup> STS 8 noviembre 2012 (Roj: STS 7072/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7072).

<sup>16</sup> STS 17 junio 2015 (Roj: STS 2963/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2963).

<sup>17</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>18</sup> STS 17 junio 2015 (Roj: STS 2622/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2622).

<sup>19</sup> STS 13 diciembre 2017 (Roj: STS 4371/2017- ECLI:ES:TS:2017:4371).

concordancia con el artículo 141 TRLC 2022<sup>20</sup>, el Juez del Concurso pueda darles el tratamiento concursal que corresponda.

## **VI. EL DEBER DE ALIMENTOS**

En general, la deuda alimenticia, es la que afecta a una persona, alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada alimentista, lo indispensable para cubrir las necesidades mínimas para subsistir “La deuda de alimentos entre parientes se deriva del deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras, definida doctrinalmente como la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad” (STS 13 abril 1991<sup>21</sup>).

### **1. Beneficiarios del deber de alimentos del concursado**

Como ya indicamos en el epígrafe anterior, el artículo 47 LC regulaba tanto el derecho como el deber de alimentos de forma conjunta; en cambio, el TRLC 2022 mantiene la individualización de los mismos y regula el deber de alimentos en el art. 124. En éste, tras excluir a las personas enumerada en el art. 123 TRLC 2022, impone al concursado el deber legal de prestar alimentos a las mencionadas en el art. 144 CC, cuales son los ascendientes, descendientes no sujetos a potestad y hermanos.

### **2. Requisitos**

Los requisitos que impone el artículo 124 TRLC 2022 para que los beneficiarios o alimentistas puedan obtener alimentos del concursado con cargo a la masa activa son los siguientes:

- 1) Que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos.

---

<sup>20</sup> El art. 141 TRLC 2022, dispone: “Sentencias y laudos firmes. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de este, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda

<sup>21</sup> STS 13 abril 1991 (Roj: STS 2055/1991 - ECLI:ES:TS:1991:2055).

- 2) Que no puedan percibir los alimentos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos<sup>22</sup>.
- 3) Que se ejerza la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debieron percibirlos.

### **3. Procedimiento para fijar los alimentos**

El artículo 124 TRLC 2022 acuerda, no solo el plazo con el que cuenta el interesado para ejercitar la acción de reclamación de alimentos, sino quién es el juez competente para conocer y resolver si ha lugar a la concesión de este derecho de alimentos, y en su caso, su cuantía. Establece que el juez competente será el Juez del Concurso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 52.1º TRLC 2022, ya que la reclamación de alimentos no es un proceso especial sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, previstos en el título I del Libro IV de la LEC, cuya competencia sería del Juzgado de Familia o Primera Instancia; en cambio, no prevé en su tramitación –a diferencia del artículo 123 TRLC 2022– audiencia del concursado, ni de la AC, por lo que la praxis jurídica considera que no será preceptivo solicitar los alimentos a través de un incidente concursal, sino que bastará con pedirlos por medio de un escrito, reservándose el cauce del incidente concursal solo para el caso de que exista controversia. El Juez del Concurso se limitará a aprobar su pago, teniendo en cuenta, en todo caso, que haya suficiencia de masa activa.

En la legislación concursal el concepto de alimentos es más estricto que el previsto en el CC, y por tanto no se incluyen como tales las cantidades que los Juzgados de Familia o de Primera Instancia puedan reconocer al cónyuge, pareja o descendiente del concursado en concepto de contribución al levantamiento de cargas familiares, pensión compensatoria o indemnización de otro tipo. Estos créditos, normalmente incluidos en un concepto amplio de alimentos, no quedan amparados por el artículo 124 TRLC 2022.

---

<sup>22</sup> El art. 144 CC establece que: “La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente: 1.º Al cónyuge. 2.º A los descendientes de grado más próximo. 3.º A los ascendientes, también de grado más próximo. 4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos”.

## VII. LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO DE ALIMENTOS

### 1. Planteamiento

No resulta posible realizar un estudio de la clasificación del crédito de alimentos sin tener en cuenta la tipología de los beneficiarios o alimentistas, el órgano judicial que dicta la resolución judicial que acuerda el derecho de alimentos, y el momento –antes o después de haber sido declarado el concurso– en el que se acuerde la misma.

Los supuestos y la calificación de los créditos<sup>23</sup> son los siguientes:

A) Si los alimentos son acordados en resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso por juez distinto al Juez del Concurso.

Se plantean dos supuestos:

1º. Que sean acordados en resolución previa al concurso pero que aún sean debidos a fecha del concurso, en este caso, el Juez del Concurso determinará en qué cuantía se satisfará con cargo a la masa, y en lo que exceda de esa cantidad, se le concederá la condición de crédito concursal ordinario (y no como subordinado, porque así lo prevé el artículo 281.2.1º TRLC 2022, eliminando cualquier posibilidad de que puedan subordinarse incluso en el caso de que la resolución judicial se hubiera dictado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2º. Que los alimentos acordados en resolución previa al concurso se devenguen con posterioridad a este momento, o que hayan sido fijados como tales por resolución judicial posterior a la declaración del concurso, tendrán la consideración de crédito contra la masa en toda su extensión.

B) Los alimentos a los que tiene derecho el deudor para atender sus necesidades y las de su cónyuge y descendientes bajo su potestad, serán siempre créditos con cargo a la masa.

---

<sup>23</sup> FUENTES DEVESA, Rafael: “Derecho y deber de alimentos”, en AA.VV.: *Práctico concursal* (dir. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar), VLex, 2020.

C) Los alimentos fijados por el Juez del Concurso a cargo del concursado y a favor de ascendientes, descendientes no sujetos a potestad y hermanos, serán créditos con cargo a la masa.

Debemos tener en cuenta que el Juez del Concurso no puede modificar una resolución anterior que haya sido dictada por otro juez –tanto antes como después del concurso– (artículo 141 TRLC 2022) pero lo que sí podrá es dar a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda, y en este caso, puede concretar qué parte de esos alimentos se satisfarán con cargo a la masa activa, y cuál (el exceso) tendrá la consideración de crédito concursal ordinario<sup>24</sup>. No es que el Juez del Concurso modifique la resolución que fija la cuantía de la pensión (artículo 52.1 1ª y 5ª y 52.2 TRLC 2022), de lo que se trata es de una mera cuestión de clasificación concursal del crédito<sup>25</sup>.

## **2. Tratamiento**

La calificación de estos créditos debe ultimarse con lo previsto en el artículo 242.3º TRLC 2022, según el cual, son créditos contra la masa “los créditos por alimentos a los que tuviera derecho el deudor y los que este último tuviera deber legal de prestar conforme a lo dispuesto en esta ley devengados antes o después de la declaración de concurso”.

---

<sup>24</sup> STS 13 febrero 2019 de Pleno (Roj: STS 360/2019 - ECLI:ES:TS:2019:360) versa sobre la incidencia de un acuerdo extrajudicial de pagos en los créditos por alimentos a descendientes menores de edad. La Sala parte de que el contenido del acuerdo extrajudicial de pagos no excluye los créditos por alimentos ni puede afectar a la obligación de pago de alimentos posterior a la solicitud. Ello implica, por una parte, que el acuerdo no puede reducir el importe de la obligación futura de alimentos y, por otra, que los créditos por tal concepto devengados con posterioridad a la solicitud no se ven en ningún caso afectados. En caso de declararse el concurso consecutivo, si todavía no se hubieran satisfecho, tendrían la consideración de créditos contra la masa, mientras que los créditos anteriores serán créditos concursales ordinarios, salvo la parte que conforme al art. 47.2 LC el juez determine que se satisfagan con cargo a la masa. De este modo, el acuerdo extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Para alterar esta obligación habría que acudir al específico procedimiento de modificación de medidas, ante el juez de familia competente. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en el acuerdo no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa. En este sentido, se entiende que, aunque el art. 47.2 LC se prevé solo para el concurso de acreedores, no existe inconveniente en que el juez encargado de aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos pueda, para evitar un eventual abuso, excluir una parte del crédito por los alimentos del convenio para que fuera pagado con cargo a la masa.

<sup>25</sup> THOMÁS PUIG, Petra: “Los créditos contra la masa”, cit., p. 1349.

Catalogado el crédito de alimentos como crédito contra la masa, éste debe ser satisfecho según el criterio del vencimiento (artículo 245.2 TRLC 2022); si bien, si la masa activa fuera suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa, se le concede a la AC la posibilidad de alterar –por interés del concurso– la regla del pago al vencimiento, pero no se le permite postergar en el pago de los créditos contra la masa, los créditos por alimentos (ni tampoco los créditos laborales, tributarios ni los de la seguridad social).

Cuestión distinta es la que se plantea cuando la masa activa es insuficiente para atender a todos los créditos contra la masa; en este caso, la AC lo comunicará al Juez del Concurso, y desde ese momento se impone un orden de prelación en el pago diferente al del artículo 242 TRLC 2022. Por tanto, se realizarán conforme al orden legalmente establecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.

En tal caso, el artículo 250 TRLC 2022, establece que los alimentos al deudor persona física pueden satisfacerse, una vez lo hayan sido los créditos salariales e indemnizaciones a los trabajadores, por lo que no se aprecia novedad alguna en el orden de prelación de pagos que afecte a los alimentos, aunque sí se introduce en el apartado 2, una enumeración de créditos que se consideran imprescindibles para la liquidación, como son, los créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios, la retribución de la AC durante la fase de liquidación y las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa.

En los supuestos en los que el crédito de alimentos es calificado como un crédito concursal ordinario, debe comunicarse, reconocerse y clasificarse en el concurso, según las normas generales sobre masa pasiva.

La Ley 16/2022, dispone que el Plan de Continuación (artículo 698 TRLC 2022) podrá afectar a cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, a excepción de los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las

del personal de alta dirección ni en el supuesto de los créditos públicos, la parte que deba calificarse como privilegiada.

En último lugar, y en cuanto a los efectos de la apertura del procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento (artículo 694.4 ter TRLC 2022) si el deudor es persona natural, se producirán los mismos efectos específicos para los alimentos y la disolución de la sociedad conyugal que dispone el Libro primero.

Por lo cual, el artículo 242.1.13<sup>o</sup> TRLC 2022 (obligación legal) debe entenderse referido a las que se reconozcan ex novo con posterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso serán crédito contra la masa, no a las meramente devengadas como consecuencia de resolución anterior.

## **VIII. EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR» Y LAS PENSIONES ALIMENTICIAS**

Tras realizar este breve repaso sobre el derecho de alimentos en el ámbito del concurso de acreedores, cuyo rasgo más notable es que el sujeto obligado se encuentra en una situación de dificultad económica, quiero llamar la atención, que ante todo estamos hablando de un derecho que trata de cubrir las necesidades mínimas vitales de las personas, y principalmente de los menores de edad; no debemos olvidar que el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "*en todo caso*", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 del Código Civil.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009, se resuelve que la normativa relativa al interés del menor tiene características de *orden público*, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las

Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución. A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (asimismo, SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

Así, cualquier acción que se realice o decisión que se adopte y que deba afectar a un menor, tiene que estar inspirada por el «interés superior del menor» que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional “[...] es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”<sup>26</sup>, primando dicho interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, tal y como así establece el artículo 2.4 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM) considerándose criterio general en cuanto a interpretar y aplicar en cada caso que se deba valorar el interés superior del menor “La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”

No obstante, y en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados<sup>27</sup>, y en nuestro caso, se tratará, de ponderar el derecho de alimentos del menor con el derecho de los acreedores de salvaguardar sus intereses económicos.

---

<sup>26</sup> STC 64/2019, 9 mayo, f.j 4º.

<sup>27</sup> CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique, “El concurso y el régimen económico matrimonial. El concurso de persona física” en AAVV.: *GPS Concursal*, (dir.: CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 472-473.

## BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén; SANJUÁN MUÑOZ, Enrique, *GPS Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: “Efectos específicos sobre la persona natural en el concurso de acreedores” en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto Refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (dir. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 733-735.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María.: “Derecho de alimentos”, en AA.VV.: *Práctico Segunda Oportunidad* (dir. ADÁN DOMENECH, Federico), VLex, 2020.

FUENTES DEVESA, Rafael: “Derecho y deber de alimentos”, en AA.VV.: *Práctico concursal* (dir. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar), VLex, 2020.

LEFEBVRE, F.: *Memento Práctico Concursal* Francis Lefebvre-El Derecho, 2021, cap. 6, marginal 3011.

PINEROS POLO, Elena: “La tutela jurisdiccional concursal. Sujetos, presupuestos y efectos del concurso desde una perspectiva procesal”, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 6-10.

THOMÁS PUIG, Petra María: “Los créditos contra la masa”, en AA.VV.: *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022* (dir. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1340-1353.



## CAPÍTULO XIII

# **Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad**

*Rebeca Castrillo Santamaría*

*Universidad del Atlántico Medio y Universidad Isabel I (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. 1. El interés superior del menor. 2. El principio de presunción de minoría de edad. 3. El principio de no discriminación. III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA. 1. Incoación. 2. Tramitación: eventual presencia de la persona en Fiscalía y autorización de pruebas médicas, información y consentimiento. 3. Finalización. IV. UNA CONTROVERSIA AÑADIDA: EL VALOR DE LA DOCUMENTACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS. V. LA TUTELA JUDICIAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA. 1. Jurisdicción y competencia. 2. Procedimiento. A. Posición procesal del Ministerio Fiscal. B. Tramitación preferente, ¿y sumaria?. 3. Fundamento de la impugnación: derechos fundamentales vulnerados. VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL NUEVO PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EVALUACIÓN DE LA EDAD. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. INTRODUCCIÓN

En un siglo como el actual, en el que se está produciendo la movilidad de un importantísimo número de menores procedentes de países en vías de desarrollo, sin referentes adultos y en el contexto de flujos migratorios de gran complejidad (económicos, refugiados, desplazados y víctimas de trata, entre otros), la cuestión de la determinación de la edad es trascendental. Especialmente, en países occidentales como España, en los que las concretas medidas a adoptar respecto de menores extranjeros no acompañados<sup>1</sup> en situación irregular dependen del resultado de la determinación de la edad.

Según la Observación General número seis del Comité de Derechos del Niño (2005), la primera medida a adoptar para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia es la determinación de la edad que, en España, tratándose de un menor indocumentado, le corresponde al Ministerio Fiscal, a través del llamado «Expediente de Determinación de la Edad» (en adelante, EDE).

Se trata de un expediente administrativo que termina con un decreto en el que el representante del Ministerio Fiscal debe precisar si la persona interesada debe ser considerada menor o mayor de edad, o si el propio expediente debe archivarse. Se trata, también, de un procedimiento no exento de crítica, al igual que la actuación del Ministerio Fiscal, pues dudando de la minoría de edad manifestada por la persona interesada e, incluso, evidenciada por la documentación oficial que portaba, ha venido ordenando la práctica de unas pruebas médicas de determinación de la edad ampliamente cuestionadas para, a la postre, sin posibilidad alguna por parte del menor de formular oposición, proceder a la declaración de su mayoría de edad, mediante un decreto no

---

<sup>1</sup> La Directiva 2011/95/UE define al menor extranjero no acompañado como aquel menor que llegue al territorio de un Estado miembro de la Unión Europea sin estar acompañado por un adulto responsable de él según la ley o la práctica del Estado miembro de la Unión de que se trate y mientras no esté efectivamente al cuidado de esa persona o que queda sin compañía después de haber entrado en el territorio del Estado miembro de la Unión Europea. En similares términos se pronuncia el artículo 189 del *Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (REX)*, añadiendo la apreciación respecto de dicho menor del riesgo de desprotección, en tanto en cuanto el adulto responsable no se haya hecho cargo del mismo, y la consideración de cualquier menor extranjero que, una vez en España, se encuentre en la situación anteriormente descrita.

susceptible, al menos por falta de previsión legal, de impugnación directa en la vía jurisdiccional.

En estas circunstancias, pudiera parecer que la única opción de la persona interesada es la de recurrir los efectos que se deriven del decreto de determinación de edad, que no el propio decreto, siempre y cuando dichos efectos se produzcan, en su caso, a través de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, a la que se refiere el artículo 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Por ejemplo, frente a la resolución determinante del cese de la tutela por parte administrativa como consecuencia de la determinación de la mayor edad en el EDE.

En estos casos, la oposición a la resolución administrativa de cese de la tutela de un menor –que se dicta con apoyo en un decreto de la Fiscalía de mayoría de edad–, permite a los tribunales pronunciarse sobre dicho decreto. Ahora bien, cuando se produce tal decreto de determinación de la mayor edad y no consta la existencia de una resolución de la entidad pública que deniegue la declaración de desamparo, la doctrina jurisprudencial ha reconocido la posibilidad de impugnación directa del referido decreto del Ministerio Fiscal. Solicitando la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española (en adelante, CE) y que pudieran ser vulnerados tanto por el decreto de determinación de la edad del Ministerio Fiscal como con ocasión de la tramitación del EDE, al que dicho decreto pone fin. Se trata de una impugnación que, en el orden jurisdiccional civil, puede tener lugar por la vía del proceso declarativo ordinario y, más concretamente, mediante la interposición de la demanda a la que se refiere el artículo 249.1.2º LEC, para la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental, excepción hecha del derecho de rectificación.

Partiendo de lo anterior, y previo planteamiento de la situación fáctica y jurídica que da lugar a la controversia, constituye el objetivo general de este trabajo dar visibilidad a la escasamente explorada fórmula de protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España y que, además, constituye la vía idónea para la

práctica, con todas las garantías procesales y constitucionales, de cuantas pruebas resulten necesarias en orden a la determinación de la edad.

## **II. PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

El procedimiento de determinación de la edad es un trámite esencial y trascendental para las personas menores de edad no acompañadas. La edad no solo es la medida de la duración de vivir. Desde el punto de vista jurídico, la edad da lugar a dos estados civiles, la mayor y la menor edad, acarreando consecuencias jurídicas de diversa índole, al ser el dato objetivo que permite tanto atribuir la capacidad de obrar de una persona, según dispone el artículo 246 del Código Civil, como determinar el grado de responsabilidad de sus actos, en cada momento de su vida, así como, en su caso, el sometimiento a la jurisdicción penal de adultos, en lugar de la de menores, tal y como así se desprende del artículo 19 del Código Penal.

Además, la determinación de un menor extranjero en situación irregular en España como mayor de edad implica que no se adopten las medidas de protección de menores por las administraciones autonómicas. Tratándose de un extranjero indocumentado mayor de edad será un infractor de la normativa de extranjería, por encontrarse irregularmente en territorio español, según el artículo 53 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEX), hecho que constituye una infracción grave de las que pueden sancionarse con la expulsión del territorio español (art. 57.1 LOEX). En cambio, si se tratare de un menor de edad deberá ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores, al tiempo que habrá de resolverse entre su repatriación o permanencia en España, conforme a los artículos 35 LOEX y 92.2 y 4 del *Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, REX).

## **1. El interés superior del menor**

Cualquier acción que se realice o decisión que se adopte y que deba afectar a un menor tiene que estar inspirada por el «interés superior del menor» que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional «[...] es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos»<sup>2</sup>, primando dicho interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, tal y como así establece el artículo 2 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM), cuyo ámbito de aplicación (art. 1) se extiende a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, sean nacionales o extranjeros, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

La identificación del interés superior del menor requiere una valoración particularizada de cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, y, en supuestos como los de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados, debiendo conciliarse el celo dirigido a evitar el fraude y otros graves inconvenientes, como es el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, por otro lado, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, no existiendo instrumentos jurídicos que especifiquen de manera clara cuál es su contenido. En el caso de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España qué duda cabe que ese interés superior del menor pasa, en primer término, por la protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia pues, como en el ámbito de la Unión Europea puso de manifiesto la *Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la*

---

<sup>2</sup> STC 64/2019, 9 mayo, f.j. 4º.

*situación de los menores no acompañados en la UE*, un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, debe ser el principio rector de los Estados miembros y la Unión Europea en este ámbito. Tal interés sería quebrantado tanto cuando un menor sea tratado como mayor de edad, como cuando un mayor de edad sea considerado menor de edad, pues en estos casos al conjunto de los menores amparados por el sistema público de protección se les impone una convivencia no deseable para su adecuado desarrollo.

## **2. El principio de presunción de minoría de edad**

En relación con dicho «interés superior del menor» y por lo que se refiere a la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse poniendo el acento en la importancia de la protección de sus derechos y en la aplicación de la normativa nacional, europea e internacional que protege los derechos de los menores, desde el momento en que la persona afectada es identificada como menor, de acuerdo con el principio de presunción de minoría de edad, que la STEDH de 21 de julio de 2022, asunto *Darboe y Camara c. Italia*, consideró «un elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad» (§ 153). Este principio, por demás, se encuentra enunciado expresamente en el artículo 12.4 LOPJM, para el caso concreto de no poderse establecer la mayoría de edad de una persona, en tanto en cuanto se determina su edad.

## **3. El principio de no discriminación**

Además, no debe olvidarse que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España exige tener presente que, cuando nos referimos a menores, no cabe distinción entre nacionales y extranjeros.

En España, los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE), que válidamente firmados forman parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96 CE) y entre los que destaca la Convención de Derechos del Niño (1989), cuyo artículo 2 consagra el principio de no discriminación. Por tanto, los derechos que el ordenamiento jurídico español reconoce a los niños lo son para todos los niños, nacionales y extranjeros<sup>3</sup>.

### **III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA**

Una de las cuestiones más difíciles de abordar en relación con los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España es la determinación de la edad. Por regla general, se trata de personas cuyas manifestaciones o apariencia física hacen surgir dudas acerca de su mayor o menor edad, estando indocumentadas o a la vista de la documentación que portan, que pudiera resultar contradictoria con la apariencia que de aquellas se desprende, generando desconfianza en las autoridades nacionales.

No obstante, como ya se avanzó, la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados es una cuestión de gran trascendencia puesto que la edad de una persona es un medio de identificación personal y el procedimiento para su evaluación, cuando la persona alega ser menor, esencial para garantizarle todos los derechos derivados de su condición de menor<sup>4</sup>.

En España, para los supuestos de localización por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de una persona indocumentada cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el artículo 35.3 LOEX dispone, de forma inmediata, tanto la atención que la persona precise por parte de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo en lo establecido

---

<sup>3</sup> CABEDO MALLOL, Vicente, «Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia: luces y sombras», en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 55.

<sup>4</sup> STEDH 21 de julio de 2022.

en la legislación de protección jurídica del menor, como la puesta en conocimiento inmediato del hecho al Ministerio Fiscal<sup>5</sup>, para la determinación de su edad, en la que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas realizando, con carácter prioritario, las pruebas necesarias.

Ello, de acuerdo con el artículo 190.2 REX, que previó la adopción de un *Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados* destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación, cumpliéndose tal previsión con el dictado de la *Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados*<sup>6</sup>, en la que se contiene la regulación del EDE, que en resumidos términos se expone a continuación.

## **1. Incoación**

De conformidad con la anterior Resolución de 13 de octubre de 2014, el EDE se incoará mediante decreto, de forma inmediata, y se tramitará siguiendo las formas de las diligencias preprocesales del artículo 5 de la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento o reciba comunicación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, autoridad, institución, entidad local o autonómica, de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de

---

<sup>5</sup> Cabe poner de manifiesto, como así hiciera la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, 680/2020, de 5 de junio (f.j.4º), que se trata de una puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal que la LOEX establece en atención a su condición de garante y defensor del menor, según las funciones que le atribuyen los artículos 3.7 y 3.13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por *Ley 50/1981, de 30 de diciembre*, sin perjuicio de las demás que establece la misma LOEX (artículos 19.2, 31 bis, 57.7.a/ y b/, 59.4, 62.1, y 62.3, 62 bis.1.i/).

<sup>6</sup> La Fundación Raíces denunció el Protocolo Marco alegando que las pruebas que se llevan a cabo para determinar la edad de los supuestos menores son intrusivas y denigrantes, concluyendo al respecto la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, 131/2018, de 31 de enero, que se trataba de una instrucción interna contra la que no cabía recurso (f.j. 2º).

edad no pueda ser establecida con seguridad y que no aparezca inscrito en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, al que se refiere el artículo 215 REX.

Por tanto, la decisión del Ministerio Fiscal de incoar el EDE implica, en primer término, el conocimiento de la localización de una persona extranjera indocumentada cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y que dicha persona no haya sido evaluada debidamente con anterioridad e identificada de manera adecuada. Así, a los efectos de incoación del EDE, lo primero que debe descartarse es que la persona se encuentra inscrita en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, puesto que en caso contrario la edad que refleje dicho Registro es la que debe ser tomada en cuenta para decidir si el mismo ha de ser tratado como adulto o como menor.

## **2. Tramitación: eventual presencia de la persona en Fiscalía y autorización de pruebas médicas, información y consentimiento**

Descartada la inscripción de la persona interesada en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, en orden a la determinación de la edad, se dictará el decreto de incoación del EDE, correspondiéndole al Ministerio Fiscal, en exclusiva, la decisión sobre la práctica de las pruebas médicas dirigidas a eliminar las dudas sobre la mayoría o minoría de edad del extranjero indocumentado, mediante acuerdo adoptado al respecto. No obstante, con carácter previo a la autorización y práctica de las pruebas médicas, la persona podrá ser trasladada a presencia del Ministerio Fiscal, cuando así este lo disponga, tras valorar la información que reciba por las fuerzas policiales

No se autorizarán pruebas médicas repetitivas de otras practicadas ni otras nuevas cuando se aprecie riesgo para la salud del menor (según informe previo del facultativo o del médico forense) y cuando se autoricen se practicarán conforme al principio de celeridad, con respeto a la dignidad de las personas, previo consentimiento del afectado y con control médico-sanitario.

La persona debe ser informada de sus derechos a fin de que manifieste su voluntad a favor o en contra de la realización de las pruebas de determinación de la edad, pues el Ministerio Fiscal solo podrá autorizar las pruebas médicas si el interesado presta su consentimiento tras haber sido fehacientemente informado sobre el tipo, características y riesgos de las pruebas a las que va a ser sometido así como la finalidad que se persigue con la realización de las pruebas y las consecuencias que se derivarían de su negativa a practicarla.

Téngase en cuenta que en el supuesto de negativa a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas, el Ministerio Fiscal, tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente, podrá determinar que se trata de un mayor de edad<sup>7</sup>. Por ello, no deja de llamar la atención, y más tratándose de menores, que la práctica de las pruebas médicas de determinación de la edad e, incluso, la debida prestación del consentimiento por parte de los interesados, pese a la afección que suponen en la órbita de los derechos fundamentales, queden al margen de cualquier garantía jurisdiccional.

### **3. Finalización**

El EDE concluye tras el decreto del Ministerio Fiscal cuya parte dispositiva podrá determinar: (i) si el interesado debe ser considerado menor de edad, declarándose expresamente en ese caso y acordándose su puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores; (ii) el archivo provisional de las diligencias, si no es posible pronunciarse sobre la mayoría o minoría de edad, por no haberse presentado el interesado a la práctica de las pruebas médicas; (iii) si el interesado debe ser considerado mayor de edad, declarándose así expresamente y comunicándolo a la mayor urgencia a la Brigada Provincial de

---

<sup>7</sup> La Consulta 1/09 de la Fiscalía General del Estado sí prevé, sin embargo, la entrevista personal del Ministerio Fiscal con el menor, cuando éste no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, y de los efectos que podrían resultar de su negativa a la práctica de la prueba, ya que «podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso».

Extranjería y Fronteras del CNP y, en su caso, al Cuerpo policial que realice la investigación.

No obstante, como se desprende de todo lo hasta ahora expuesto, el EDE se desarrolla sin ningún tipo de asistencia legal para quienes hasta ese momento – por disposición de la normativa nacional e internacional– gozan de la presunción de la menor edad, sin posibilidad alguna por su parte de formular más oposición que la propia a la práctica de las pruebas médicas, sin mediar garantía jurisdiccional alguna y, en todo caso, sin previsión legal de impugnación judicial frente al decreto del Ministerio Fiscal que pone fin al EDE.

#### **IV. UNA CONTROVERSIA AÑADIDA: EL VALOR DE LA DOCUMENTACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS**

Además, el EDE no solo ha sido empleado en relación con personas extranjeras indocumentadas cuya minoría de edad no pudiera ser establecida con seguridad sino, también, respecto de aquellas personas cuya documentación identificativa no generaba confianza de autenticidad a la Administración y que pueden considerarse indocumentados a los efectos del Protocolo<sup>8</sup>.

En este contexto, ha sido frecuente la problemática sobre el valor de la documentación que portan o que aportan, con posterioridad a su localización, los presuntos menores; generalmente, pasaportes expedidos en sus países de origen, cuando dicha documentación contiene datos aparentemente contradictorios con la apariencia o realidad física de la persona<sup>9</sup>. En estos casos,

---

<sup>8</sup> De conformidad con el apartado sexto del Capítulo II del Protocolo, cuando en la documentación presentada concurre alguna de las circunstancias siguientes: A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados; B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente; C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos; D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española; E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado; F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento; y G) Incorporen datos inverosímiles.

<sup>9</sup> En cuanto a los requisitos para la entrada en territorio español, debe tenerse en cuenta que el artículo 25.1 LOEX exige, entre otras circunstancias, la tenencia del pasaporte o documento de

la Administración también se ha servido del EDE para desarrollar los trámites tendentes a la averiguación de la edad real del sujeto, mediante la práctica de las pruebas médicas, concluyendo, generalmente, con el decreto del Ministerio Fiscal determinando la mayor edad de la persona en cuestión y la consiguiente negación por parte de la Administración tanto de la protección propia de los menores como la derivada de las normas de extranjería.

Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en los artículos 35.3 LOEX y 190 REX, y a partir de las SSTs, Pleno, Sala Civil, 453/2014 y 454/2014, de 23 de septiembre, la doctrina jurisprudencial determinó que:

[...] el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para, a la postre, ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido<sup>10</sup>.

Al mismo tiempo, imponiendo la realización de un juicio de proporcionalidad y ponderación de las razones que llevan a considerar que el documento de identidad no es fiable y determina la procedencia de realizar las pruebas de determinación de la edad, tanto cuando se trate de personas documentadas como indocumentadas, supuesto respecto del que afirmó la doctrina jurisprudencial, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no puede aplicarse indiscriminadamente.

---

viaje acreditativo de la identidad. En los mismos términos se pronuncia el artículo 6 REX que, además, añade que los pasaportes, los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deben estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares.

<sup>10</sup> Repetida con posterioridad en las SSTs, Sala Civil, 452/2014, de 24 de septiembre, 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 329/2015, de 8 de junio, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio, 507/2015, de 22 de septiembre, y 720/2016, de 1 de diciembre.

Esta doctrina jurisprudencial fue incorporada al artículo 12.4 LOPJM<sup>11</sup> que, actualmente, para los supuestos en los que no pueda ser establecida la edad de una persona, afirma que será considerada menor de edad, en tanto se determina su edad, debiendo el Ministerio Fiscal realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. Además, tal y como se puso de manifiesto a partir de la STS, Sala Civil, 307/2020, de 16 de junio, sin que las dudas de Ministerio Fiscal suscitadas acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, puedan prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal, a efectos de obtener la protección de menores<sup>12</sup>.

## **V. LA TUTELA JUDICIAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA**

No estando previsto legalmente ni que el interesado pueda formular oposición en el EDE ni la impugnación judicial del decreto de terminación de dicho expediente, pudiera parecer que cuando el interesado no esté de acuerdo con la decisión contenida en tal decreto, no tendrá otra opción que la de recurrir los efectos derivados de dicho decreto y no el propio decreto. Siempre y cuando tales efectos se hayan producido, y, en su caso, a través del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780 LEC). Por ejemplo, cuando se produzca la resolución determinante del cese de la tutela por parte de la Administración y la

---

<sup>11</sup> A través del artículo 1.7 de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en vigor desde el 18 de agosto de 2015.

<sup>12</sup> La misma doctrina ha sido reiterada por las SSTS, Sala Civil, 357/2021, de 24 de mayo, 410/2021, de 18 de junio, 412/2021, de 21 de junio, 610/2021, de 20 de septiembre, y 796/2021, de 22 de noviembre.

denegación de la declaración de desamparo, tras ser decretada la mayoría de edad por el Ministerio Fiscal<sup>13</sup>.

Se plantea así qué ocurre cuando se tiene lugar el decreto de terminación del EDE, declarando la mayor edad de la persona interesada, y no consta la existencia de una resolución de la entidad pública que deniegue la declaración de desamparo, a través de la cual poder impugnar, al menos indirectamente, el decreto de determinación de la mayor de edad del extranjero, que si bien es revisable, de oficio o a instancia de quienes ostenten un interés legítimo<sup>14</sup>, *a priori*, no es susceptible de impugnación judicial.

En esos casos, aparentemente, no hay posibilidad de atacar ese decreto de determinación de la mayor edad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la determinación de la edad tiene una evidente repercusión sobre la esfera de los derechos del interesado, dependiendo de cuál sea el juicio o la decisión que, sobre su mayoría de edad, se adopte. Como se ha expuesto precedentemente, puede comportar la aplicación de todo un régimen jurídico de protección integrado por normas internacionales, estatales y autonómicas sobre la protección de los menores, o bien puede dar lugar a uno de los presupuestos para iniciar un procedimiento de expulsión del extranjero del territorio nacional, de reagrupación o de repatriación.

Tales efectos han sido considerados por la doctrina jurisprudencial lo suficientemente relevantes como para que, por exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y, por supuesto, de la protección del menor, puesto que al declararse su mayoría de edad se le excluye del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y se le niega el reconocimiento de los derechos del niño, aquella reconozca expresamente la posibilidad de

---

<sup>13</sup> Así lo evidencian las SSTs, Sala Civil, 453/2014, 452/2014, de 24 de septiembre, 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 329/2015, de 8 de junio, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio, 507/2015, de 22 de septiembre, 720/2016, de 1 de diciembre, 307/2020, de 16 de junio, 357/2021, de 24 de mayo, 796/2021, de 22 de noviembre, 218/2022, de 21 de marzo, 319/2022, de 20 de abril, 336/2022, de 27 de abril, 564/2022 y 535/2022, de 12 de julio, y 590 y 591/2022, de 27 de julio.

<sup>14</sup> Apartado Sexto (Finalización del expediente. El decreto del Ministerio Fiscal), del Capítulo V de Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

impugnación directa del referido decreto del Ministerio Fiscal, pese a no existir norma procesal alguna que así lo establezca<sup>15</sup>.

Esa posibilidad de impugnación directa del referido decreto del Ministerio Fiscal es la que cabe realizar solicitando la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y que, en el caso que nos ocupa, pudieran ser vulnerados por el decreto de determinación de la edad del Ministerio Fiscal o con ocasión del EDE.

## **1. Jurisdicción y competencia**

Se trata de una impugnación para cuyo conocimiento es competente el orden jurisdiccional civil, en atención al contenido de los derechos fundamentales invocados, siempre y cuando estén vinculados a la determinación de la edad del menor, lo que tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil y resulta ser competencia propia de la jurisdicción civil a la que, en última instancia, le corresponde conocer, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, tal y como así determina el artículo 9.2 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Será competente para el conocimiento de dicha pretensión, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandante y, cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho vulnerador del derecho fundamental de que se trate (arts. 45 y 52.6 LEC).

## **2. Procedimiento**

Esta impugnación puede tener lugar por la vía del procedimiento de juicio ordinario y, más concretamente, mediante la interposición de la demanda a la

---

<sup>15</sup> SSTS, Sala Civil, 410/2021, de 18 de junio, 412/2021, de 21 de junio, 610/2021, de 20 de septiembre, y 760/2022, de 8 de noviembre.

que se refiere el artículo 249.1.2º LEC<sup>16</sup>, para la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental (arts. 14 a 29 CE), pues la falta de previsión legal de un recurso directo contra el decreto de determinación de la edad no permite acudir directamente al recurso de amparo constitucional, dada su naturaleza subsidiaria y teniendo el interesado abierta la vía jurisdiccional ordinaria indicada para impugnar las resoluciones del Ministerio Fiscal en esta materia<sup>17</sup>.

Se trata de un procedimiento que presenta algunas singularidades procesales respecto de otros de su misma clase, tanto por la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal como por su tramitación preferente, y en relación con el que no cabe dudar respecto de la capacidad procesal de los menores de edad, en tanto en cuanto, tal y como así expuso la STC 183/2008, de 22 de diciembre, el derecho al a tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier órgano jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.

### ***A. Posición procesal del Ministerio Fiscal***

Una de esas singularidades procesales atañe a la posición procesal del Ministerio Fiscal. El artículo 249.1.2º LEC determina que en todos los procesos en los que se pretenda la tutela de cualquier derecho fundamental sería siempre parte el Ministerio Fiscal. Sin embargo, la LEC no determina la posición procesal que ostentará el Ministerio Fiscal. En un caso como el que nos ocupa,

---

<sup>16</sup> Y que derogó la garantía jurisdiccional civil prevista en la Sección Tercera de la *Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, introduciendo una nueva regulación de la tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito civil, estableciendo una serie de procedimientos para la defensa de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios.

<sup>17</sup> Tal y como expuso el ATC de 9 de septiembre de 2013, cuyo objeto directo y principal del recurso de amparo fue un decreto de determinación de la edad emitido por la Fiscalía Provincial de Madrid: «Nuestro ordenamiento solo contempla el recurso de amparo directo contra los actos sin valor de Ley de las Cámaras (art. 42 LOTC), con lo que, consideremos los decretos del Fiscal como actos del poder ejecutivo o los consideremos como actos del poder judicial, resulta exigible para abrir el acceso al recurso de amparo constitucional, tal y como se deriva de la lectura de los arts. 43 y 44 LOTC el agotamiento de la vía judicial previa, aunque esa vía, en este caso, no pueda ser más que una vía indirecta de recurso en la que, quien considera lesionados sus derechos fundamentales por el decreto de determinación de la edad, pueda impugnar las consecuencias asociadas a la aplicación de ese decreto».

tratándose de la impugnación de un decreto de determinación de la edad dictado por un representante del Ministerio Fiscal y promovida por el supuesto menor, qué duda cabe que el Ministerio Fiscal no podrá ostentar la posición procesal correspondiente a la parte demandante (la decisión supuestamente vulneradora de los derechos fundamentales emana del propio Ministerio Fiscal).

Así, parece evidente que la posición procesal del Ministerio Fiscal en este procedimiento no podrá ser otra que la de parte demandada Y no, precisamente, como una parte demandada *sui generis*, cuya intervención se deba, *ex Constitutione*, a la defensa de la legalidad y del interés público (art. 124 CE), sino como titular y sujeto responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del presunto menor con ocasión del EDE y el decreto de declaración de la edad que finaliza el mismo.

### ***B. Tramitación preferente, ¿y sumaria?***

Otra de las notas características del procedimiento contemplado en el artículo 249.1.2º LEC es su tramitación preferente, expresamente declarada por la norma, lo que según la doctrina científica se identifica con la prioridad de su tramitación, alterando el régimen del orden de reparto y turnado de asuntos, anteponiéndose a aquellos que incluso hayan ingresado con antelación en el tiempo<sup>18</sup>.

Más controvertida es, sin embargo, la nota que se desprende del artículo 53.2 CE que, estableciendo la posibilidad de recabar ante los tribunales ordinarios la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, indica como vía a tal efecto un procedimiento basado, no solo en la preferencia sino, también, en la sumariedad, a la que no se refiere el artículo 249.1.2º LEC, pese a ser este el cauce procesal que vino a dar cumplimiento al mandato previo del

---

<sup>18</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los otros procesos del amparo judicial ordinario. Procesos específicos y genéricos”, en AAVV.: *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, pp. 285-289. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2021, pp. 75-76. STC 81/1992, de 28 de mayo.

texto constitucional (art. 53.2 CE), una vez que la Disposición Derogatoria única de la LEC derogó, de forma expresa, los artículos 11 a 15 de *la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, que hasta entonces configuraban la garantía jurisdiccional civil de tales derechos. A partir de entonces, el único cauce procesal adecuado para recabar la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales es el del proceso declarativo ordinario, lo que implica que la sumariedad a la que no alude de forma expresa el artículo 249.1.2º LEC, tal y como así expresa la Exposición de Motivos de esta norma:

[...] no ha de entenderse en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba, resulta imprescindible, para un adecuado enfoque del tema, la distinción entre los derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocesal y aquellos que, por su sustancia y contenido, sólo pueden ser violados o infringidos en el seno de un proceso<sup>19</sup>.

Al margen de lo anterior, cabe reseñar que teniendo lugar la impugnación del decreto por la vía del juicio declarativo ordinario, el procedimiento quedará sujeto a las normas contenidas en los artículos 399 a 430 LEC, si bien, a diferencia del resto de juicios declarativos ordinarios, no será factible la ejecución provisional de la sentencia, salvo en los aspectos puramente patrimoniales (art. 525.1.1º LEC), teniendo en este caso carácter preferente (art. 524.5 LEC). También debe señalarse la posibilidad de interponer recurso de casación frente a la sentencia dictada en apelación (art. 477.2 LEC), siendo necesario el agotamiento del amparo ordinario como requisito imprescindible para instar el amparo constitucional (arts. 53.2 CE, 43.1 y 44.1.a, LOTC).

---

<sup>19</sup> Coincidiendo con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la LEC, ROVIRA SUEIRO, María E., «La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, p. 647.

### **3. Fundamento de la impugnación: derechos fundamentales vulnerados**

Tratándose de un medio de impugnación judicial del decreto de finalización del EDE, con ocasión del cual se haya declarado que el presunto menor debe ser considerado mayor de edad, la pretensión deberá consistir en la solicitud de tenerle por menor, de acuerdo con la documentación de la que se desprenda tal minoría de edad o, en su caso, las pruebas que, con plenitud de garantías jurisdiccionales, puedan practicarse durante el procedimiento.

Solicitando, al tiempo, la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y que a juicio del interesado, hubieran resultado vulnerados, puesto que la determinación de la edad del menor tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil -vinculados a la fecha de nacimiento-, considerados como un derecho básico de los niños de acuerdo con el artículo 8 de la Convención (1989), vinculante para España (arts. 96.1 y 10.2 CE)

Ello exige determinar en la demanda que se interponga qué derechos fundamentales pueden ser vulnerados por el decreto de determinación de la mayor edad del menor. Como tales, se advierte, en primer lugar, el derecho a la igualdad y no discriminación ante la ley (art. 14 CE), debido a la falta de consideración como fiables de los documentos aportados por el interesado extranjero para la acreditación de la menor edad, generalmente expedidos por su país de origen, suponiendo irregularidades, falsedad o manipulación no acreditadas, lo que pudiera comportar una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley basada en el origen nacional del menor. También, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por vulneración del derecho del menor, o de la persona que pudiera serlo, a ser oído (art. 9 y ss. LOPJM), en relación con la consideración del interés superior del menor (art. 3 Convención, 1989), que debe inspirar cualquier procedimiento de determinación de la edad<sup>20</sup>, o, incluso, por no contar con la debida asistencia

---

<sup>20</sup> SSTC 64/2019, de 9 de mayo, f.j. 4º, y 141/2000, de 29 de mayo, f.j.5º. Respecto de la íntima relación existente entre el interés superior del menor y el derecho de este a ser oído y escuchado, véase RAMON FERNÁNDEZ, Francisca, «El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten», en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del*

letrada durante el EDE, en el que además, y como consecuencia de las pruebas médicas, podría verse afectado el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

## **VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL NUEVO PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EVALUACIÓN DE LA EDAD**

Para concluir, no puede dejar de hacer una breve reseña del actual *Anteproyecto de Ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad*, consecuencia del mandato contenido en la Disposición final vigésima cuarta de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia*, que estableció que el Gobierno, en el plazo de doce meses desde la aprobación de dicha ley, procedería al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de forma tal que se garantizase el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad.

A través de dicho Anteproyecto, y en el contexto del Libro IV LEC («Procesos especiales»), se prevé la introducción de un nuevo Capítulo V bis, titulado «De procedimiento de evaluación de la edad», en el que se configura un procedimiento de evaluación de la edad del que están llamados a conocer los Juzgados de Familia o de Primera Instancia del lugar donde se encuentre la persona que alega su minoría de edad, salvo en el caso de encontrarse detenida, en cuyo caso la competencia recaerá en los Juzgados de Menores.

La legitimación para promover el procedimiento ya no corresponderá, en exclusiva, al Ministerio Fiscal. El nuevo procedimiento podrá promoverse tanto por el Ministerio Fiscal como por la persona que alegue su minoría de edad, asistida por su representante legal, o un defensor judicial nombrado al efecto, y

---

*sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 141-145. También, ARCE JIMÉNEZ, Elena, «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 38, 2018.

la entidad pública de protección del lugar en el que se encuentre la persona afectada.

Pretendiendo, en todo caso, garantizar el derecho a la identidad de todo niño, niña o adolescente no acompañado que alegue su minoría de edad como medio de acceso al sistema de protección para el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad reconocidos en la normativa interna en LOPJM y en la Convención (1989), a través de un procedimiento judicial declarativo civil, preconizando así la condición de persona de menor de edad frente a la de extranjero, de carácter preferente y urgente –no sumario–, regido por el principio del superior interés del menor y la presunción de minoría de edad –durante todo el procedimiento–, el derecho del presunto menor a ser oído y a tomar parte en dicho procedimiento, la prohibición de realizar sistemáticamente pruebas médicas invasivas, debiendo contar las que se realicen con el consentimiento de la persona afectada y la especialización de los profesionales intervinientes. Especial mención merece el carácter multidisciplinar con el que se configura el informe pericial de evaluación de la edad sobre el desarrollo físico y psicológico de la persona afectada.

Un procedimiento que solamente podrá iniciarse cuando la persona alegue su minoría de edad y se encuentre indocumentada, en el que la validez de la documentación aportada debe ser impugnada motivadamente y en el que, con todas las garantías de respeto a los derechos de la infancia y adolescencia reconocidos en la normativa nacional, europea e internacional que resulta de aplicación, la autoridad judicial decida sobre una cuestión que, en definitiva, afecta al estado civil de la persona y sus derechos fundamentales. Lo que debe llevarse a cabo garantizando la asistencia jurídica gratuita del presunto menor de edad desde el inicio del procedimiento, así como la asistencia de intérprete y de la correspondiente representación legal, con la intervención de un Ministerio Fiscal que desarrollará su clásica función de garante de la legalidad y del principio del interés superior del menor.

Todo ello, para concluir con una sentencia que, siendo susceptible de recurso de apelación, en su caso, no se limitará a determinar la minoría de edad, sino que

fijará la fecha en la que el menor cumple la mayoría de edad, cumpliendo así las exigencias del principio de seguridad jurídica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARCE JIMÉNEZ, Elena, “El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 38, 2018.

CABEDO MALLOL, Vicente, “Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia: luces y sombras”, en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 52-86.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

FERNÁNDEZ, Francisca, “El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten”, en AAVV.: *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coords. CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isacc), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.132-158.

ROVIRA SUEIRO, María E., “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, pp. 643-662.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los otros procesos del amparo judicial ordinario. Procesos específicos y genéricos”, en AAVV.: *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, pp. 275-297.

## CAPÍTULO XIV

### **El interés superior del niño ante conflictos familiares derivados de la migración. Una mirada desde la jurisprudencia a lo sustantivo y lo procesal**

*Isabel Lince Carreras*

*Organización Nacional de Bufetes Colectivos (CUBA)*

*Nestor Pastrana Ibañez*

*Organización Nacional de Bufetes Colectivos (CUBA)*

*Wilbemis Jerez Rivero*

*Universidad Internacional de Valencia (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA, SUS FUNCIONES E IMPORTANCIA DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR: CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA, SOCIOLÓGICA Y JURÍDICA. II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN SEGÚN EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO Y EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES. III. EL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA. UNA MIRADA A LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS Y LA OBSERVACIÓN GENERAL NO. 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1. La corresponsabilidad parental y la coparentalidad. 2. El derecho a no ser separado de sus padres. 3. El derecho a mantener contacto directo con el padre con el que no convive, así como con otros parientes consanguíneos y afines. IV. CONFLICTOS EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DERIVADOS DE LA MIGRACIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## **I. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA, SUS FUNCIONES E IMPORTANCIA DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR: CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA, SOCIOLÓGICA Y JURÍDICA**

Es reconocido y aceptado, el lugar fundamental que ocupa la familia, no solo por ser una fuente insustituible de satisfacción emocional, sino además por su valor formador del niño, niña y adolescente en el seno de una sociedad. La familia, cualquiera que sea su conformación, constituye la institución social más cercana al individuo, a la cual está ligado por fuertes lazos afectivos y sociales.

Asevera el psicólogo cubano CLAVIJO PORTIELES que es la familia el “conjunto de personas vinculadas por lazos estables de tipo consanguíneo, maritales, afectivos, socioculturales, económicos, legales y de convivencia, con el propósito de satisfacer necesidades fundamentales al grupo y cumplir con las funciones que le vienen encomendadas a través del devenir histórico-social”<sup>1</sup>. Se expresa entonces este grupo humano como un sistema de intersatisfacción mutua de necesidades humanas, materiales y espirituales, unidos no necesariamente por vínculos consanguíneos; es por ello que la familia cumple un grupo de funciones: biológica, en la procreación; cultural y espiritual, en la protección, afecto y socialización; económica, en el ejercicio de dotar al niño de los bienes materiales necesarios para su desarrollo; y de educación en el ejercicio de todas sus tareas y actividades cotidianas.

Desde la perspectiva jurídica la define la profesora MESA CASTILLO como: “un grupo de personas entre las que median relaciones económicas y sociales surgidas de una unión sexual duradera y del parentesco, en el seno del cual se da satisfacción a la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana; se mantienen y educan los hijos sobre una base mediante una comprensión y colaboración mutua y se comparte la vida y los intereses comunes de toda la sociedad”<sup>2</sup>.

De las definiciones anteriores puede entenderse que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial o consanguíneo, ni a un

---

<sup>1</sup> CLAVIJO PORTIELES, Alberto, Crisis, familia y psicoterapia, Ciencias Médicas, La Habana, 2011, p. 75.

<sup>2</sup> MESA CASTILLO, Olga, “Derecho de Familia”, módulo I, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 10.

concepto unívoco e inamovible, sino todo lo contrario, es cambiante, diverso, según el contexto social que se trate<sup>3</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste en que “*el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*” a la vez que rechaza “*una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia (...) al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)*”<sup>4</sup>.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -por sus siglas PNUD-, de la Comisión Económica para América Latina –CEPAL-, sostiene que la familia posibilita el desarrollo humano, dado que: “*La sostenibilidad del desarrollo humano se basa en la capacidad de cada individuo de mantener e incrementar sus posibilidades de desarrollo personal*”<sup>5</sup>. Siguiendo esta idea, mencionan SUÁREZ PALACIO y VÉLEZ MÚNERA que “*La formación de los menores de edad en el núcleo familiar es uno de los factores que más influye en el proceso de desarrollo humano; puesto que, es a temprana edad cuando se inicia el proceso*

---

<sup>3</sup> Este criterio es defendido por otros autores como ARÉS MUZIO, Patricia., Psicología de la Familia. Una aproximación a su estudio, Félix Varela, La Habana, 2002, p.16, para quien “*la familia constituye esa unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común, que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, donde existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia*”. Similar posición adopta RUIZ DE MIGUEL, Covadonga, “La familia y su implicación en el desarrollo infantil”, *Revista Complutense de Educación*, Vol. 10, n° 1, 1999, p. 2, quien no solo reconoce que la familia se integra por vínculos de afecto, sino que considera además que “*permite la maduración de la persona humana a través de encuentros, contactos e interacciones comunicativas que hacen posible la adquisición de una estabilidad personal, una cohesión interna y unas posibilidades de progreso según las necesidades profundas de cada uno de sus miembros*”, por lo que el niño o niña puede en su seno ir adquiriendo capacidades. Según PARRA BOLÍVAR, Hesley, “Relaciones que dan origen a la familia”, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005, p.3, puede adoptarse el concepto de familia como un grupo de personas relacionadas entre sí biológica, legal o emocionalmente “*que no necesariamente conviven en un mismo hogar, y comparten una historia común, unas reglas, costumbres y creencias básicas en distintos aspectos de la vida*”.

<sup>4</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 142 y 145. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec239esp>. Consultado el 02 de enero de 2023.

<sup>5</sup> PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), “Informe Nacional sobre desarrollo humano”, 1999, p. 15. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/1162/3133\\_es.pdf.txt](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/1162/3133_es.pdf.txt). Consultado el 6 de diciembre de 2022.

*de adoptar conductas y a seguir pautas que poco a poco van forjando el comportamiento de la persona*"<sup>6</sup>.

La familia, como centro y punto de partida, tiene la función y el deber de brindarles a los niños, niñas y adolescentes todo un espacio de seguridad para que estos interactúen de una adecuada manera en la sociedad a la que pertenecen.

La familia actúa como un mediador que interviene entre los hijos y su ambiente, ya que *"es quien apoya la organización del sistema de pensamiento de los niños y adolescentes, de igual manera facilita que ante diversas situaciones del diario vivir se generen la aplicación de nuevos conocimientos"*<sup>7</sup>.

*"La familia cumple funciones como la preparación para ocupar roles sociales, control de impulsos, valores, desarrollo de fuentes de significado como, por ejemplo, la selección de objetivos de desarrollo personal, siendo esta socialización la que permite que los niños se conviertan en miembros proactivos de la sociedad. La familia funciona como un sistema bio-psico-social que tiene como objetivo responder a las demandas sociales frente a ésta como un espacio propicio para la formación de la habilidad de relacionarse con otros, de brindar protección y afecto de tal manera que los padres están asignados al proceso de socialización"*<sup>8</sup>.

Continuando con la funcionalidad de la familia para MEDALIE<sup>9</sup>, esta ejerce tres funciones básicas: la primera es el desarrollo de los roles de los miembros de la familia, dentro de las cuales resaltan las funciones intrafamiliares, basadas en el apoyo y la protección de sus miembros. La segunda función es la comunicación, la cual está ligada a las relaciones intrafamiliares y extra familiares, dicha función está dirigida para con la sociedad, a la vez, actuando como factor estabilizador de la sociedad con respecto a las normas sociales. La tercera función son las

---

<sup>6</sup> SUÁREZ PALACIO, Paula Andrea y Maribel VÉLEZ MÚNERA, "El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental", *Psicoespacios*, p. 180. Disponible en: <https://doi.org/10.25057/issn.2145-2776>. Consultado el 6 de diciembre de 2022.

<sup>7</sup> LÓPEZ, Gloria, "El rol de la familia en los procesos de educación y desarrollo humano de los niños y niñas", *Universidad Metropolitana*, 2015, p. 4, citado por SUÁREZ PALACIO, Paula Andrea y Maribel VÉLEZ MÚNERA, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>8</sup> SUÁREZ PALACIO, Paula Andrea y Maribel VÉLEZ MÚNERA, *ob. cit.*, p. 176.

<sup>9</sup> *Vid.* MEDALIE, J. H., *Medicina familiar: principios y prácticas*, primera edición, México, 1975. Citado por SUÁREZ PALACIO, Paula Andrea y Maribel VÉLEZ MÚNERA, *ob. cit.*, p. 181.

transacciones múltiples, dentro de las cuales están: la educación, la orientación de patrones de comportamiento, la función económica, entre otras, las cuales ofrecen la opción de mantener la relación, persona-familia-sociedad con su propia coherencia.

De este modo, puede afirmarse que para el niño o niña la familia es una necesidad y no solo una fuente de apoyo. De ahí que el tratamiento jurídico de las relaciones familiares fuera uno de los tópicos de la Convención de los Derechos del Niño -en lo adelante CDN<sup>10</sup>.

## **II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN SEGÚN EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO Y EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES**

El Comité de los Derechos del Niño<sup>11</sup> -en lo adelante CRC por sus siglas en inglés- adoptó, el 29 de mayo de 2013, la Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en la que se realiza un análisis exegético exhaustivo del citado principio general contenido en el párrafo primero del artículo 3 de la CDN<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Vale destacar que la CDN se fundamenta en la doctrina de la protección integral, la que implicó un cambio de paradigma al considerar al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos. En opinión de MORLACHETTI, Alejandro, “Sistemas Nacionales de Protección Integral de la Infancia”, CEPAL/UNICEF, Santiago de Chile, 2013, p. 11 “...esta consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de plenos derechos, y la previsión de los mecanismos idóneos para exigirlos, en oposición a su consideración como objeto de tutela por parte del Estado, es el cambio fundamental que caracteriza el tránsito hacia el paradigma de la protección integral sobre el que se debe asentar todo sistema de protección”, Este criterio es también sostenido por SALOMONE Gabriela, “Ética y deontología frente a los derechos de la infancia y la adolescencia”, II Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVII Jornadas de Investigación Sexto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010, p. 161. Disponible en: <https://www.academica.org/000-031/58.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2023, quien asevera que: “Mientras el paradigma tutelar se centra en la idea de niño como objeto de protección, el nuevo paradigma supone la protección de los derechos de los menores de edad, que la Convención enlaza a la responsabilidad del Estado, de la sociedad y de la familia”.

<sup>11</sup> El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes con sede en Suiza que tiene la misión de supervisar y examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes que han ratificado la CDN. El Comité cuenta con 18 miembros, elegidos por los Estados Partes, de los candidatos que estos mismos presentan.

<sup>12</sup> El interés superior del niño no es un concepto nuevo surgido a partir de la CDN, sino que ya había sido instrumentado en la Declaración de los Derechos del Niño, sin embargo, es indudable el impacto que ha alcanzado a partir de la CDN. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - conocida por sus siglas en inglés CEDAW - del año

Es considerado un concepto jurídico indeterminado, de manera que abarque todos los escenarios posibles y permita una interpretación dinámica, flexible, adaptada y contextualizada a cada situación particular. No obstante su indeterminación, debe este ser precisado en cada caso concreto por el operador jurídico. En este sentido, se han delimitado algunos parámetros que deberán atenderse al evaluar y determinar el interés superior, a saber: la opinión del niño; la identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; y la situación de vulnerabilidad en que se halle<sup>13</sup>.

El propio Comité ha identificado como uno de los elementos que deben valorarse para la determinación de tal interés superior la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, destacando a la familia como *“la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños”*<sup>14</sup>.

La conservación del entorno familiar debe ser entendida como la salvaguardia de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y adquieren un lugar aún más decisivo cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes. Es por ello que como bien afirma el grupo de expertos *“El término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”*. La conservación del entorno familiar no implica la convivencia del niño o niña permanente con este grupo de personas, sino que se traduce en el mantenimiento de un vínculo estable y duradero con ellos

Las relaciones familiares son apreciadas desde la Convención no como poderes, sino como funciones de orientación y educación. Del análisis de la misma es

---

1979, reconoce también en alguna medida el ISN, en su artículo 24.1, inciso d), al expresar que: *“(...) en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial”*. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también lo mencionó en su artículo 7, párrafo 2, como la *“consideración primordial”* que debe observarse en las actividades *“relacionadas con los niños y niñas con discapacidad”*.

<sup>13</sup> Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”*, CRC/C/GC/14, Ginebra, 2013, párrafos 53, 55, 58, 71 y 75.

<sup>14</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 14...*, *ob. cit.*, párrafo 59.

posible apreciar la regulación de la familia desde dos perspectivas: vínculo entre padres e hijos (a lo interno de la familia) y las relaciones entre la familia y el Estado (alcanza un espacio a lo exterior de la familia). Lo anterior entraña una reconceptualización de las relaciones familiares en consonancia con una perspectiva democrática de familia, donde se respeten los derechos humanos de cada uno de los integrantes. Debe atenderse a la “evolución de sus facultades”, distinguiéndose el tipo de acto que se trate. En criterio de HERRERA “a mayor madurez o aptitud de comprensión por parte de niños y adolescentes, menor sería la representación, reemplazo o sustitución por parte de los progenitores; siendo contradictorio o violatorio a los derechos de participación, autonomía y libertad de los primeros si los segundos los sustituyan cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí ciertos actos”<sup>15</sup>.

### **III. EL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA. UNA MIRADA A LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS Y LA OBSERVACIÓN GENERAL NO. 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo adelante CIDH, ha sido clara en señalar que los niños y las niñas "poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”<sup>16</sup>.

De ahí que pueda aducirse que los niños y las niñas tienen derecho a vivir en familia, el cual por su trascendencia para el disfrute del resto de los derechos reconocidos en la CDN lo convierte en un elemento de especial trascendencia en la determinación del ISN.

---

<sup>15</sup> HERRERA, Marisa, “La democratización de las relaciones de la familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niño, niñas y adolescentes”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n° 4, Buenos Aires, 2011, p. 37.

<sup>16</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A n° 17, párrafo 54.

El derecho a vivir en familia está integrado por la corresponsabilidad parental, la coparentalidad, el derecho a no ser separado de sus padres y el derecho a mantener contacto directo con el padre con el que no convive.

### **1. La corresponsabilidad parental y la coparentalidad**

Al realizar una interpretación sistemática del articulado de la Convención puede apreciarse el reconocimiento expreso de la responsabilidad parental como un deber en la crianza y protección del niño o niña. Cabe destacar que se reconoce este deber a los padres en primera instancia, pero se extiende, acertadamente, hacia otros sujetos como son los integrantes de la familia ampliada, los tutores u otras personas que tengan a su cargo al menor<sup>17</sup>.

Vital importancia se concede a la corresponsabilidad parental. La Convención en su artículo 18 reconoce que “*ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño*”<sup>18</sup>.

La corresponsabilidad parental<sup>19</sup> consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, y que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Este principio se traduce, a

---

<sup>17</sup> Vid. artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>18</sup> Convención de los Derechos del Niño, artículo 18, párrafo 1.

<sup>19</sup> La doctrina ha señalado dos fundamentos de la corresponsabilidad parental: el primero radica en la igualdad de género, que pretende reconocer la existencia de mismas aptitudes entre padres y madres, lo que contribuiría a desterrar la asignación de los roles que tradicionalmente le han sido asignados a hombres y mujeres; el segundo y más trascendente, radica en el ISN. Al respecto pueden consultarse: LATHROP, Fabiola, “Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores”, en AAVV.: *Colectivo de Autores, Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Comares, España, 2007, p. 257; BUSTOS PÉREZ, Max de Jesús, “El principio de corresponsabilidad parental y su eficacia a la luz de la legislación laboral chilena actual”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 2015, pp. 44-55.

criterio de ACUÑA SAN MARTÍN, en que “ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos: su crianza y educación”<sup>20</sup>. En este sentido, no se refiere sólo a la toma de las decisiones más importantes, sino también a las cotidianas, y no sólo a aspectos patrimoniales, sino también afectivos.

Desde la óptica de los padres, este principio orienta la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otro objeto que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad, aunque estén separados. Debe destacarse que la corresponsabilidad parental no debe ser vista como un derecho de los padres a participar en la crianza y educación de sus hijos, sino que es una obligación, lo que implica que no existe libre disposición, razón por la cual los padres no pueden sustraerse de su responsabilidad.

La corresponsabilidad de los padres no debe ser confundida con la coparentalidad, a la que también se hace referencia en la Convención, esta última se consagra como un derecho del niño a relacionarse con sus padres; mientras que la primera está referida a las obligaciones comunes de los padres con respecto a sus hijos<sup>21</sup>. La corresponsabilidad parental es un derecho del niño, pero está prevista desde la óptica de los padres, dirigida a su accionar en la asunción de responsabilidades en la crianza y educación de sus hijos; mientras que la coparentalidad se expresa desde la óptica del niño, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con sus padres, a relacionarse con estos. Ambas perspectivas se complementan recíprocamente en la relación paterno-filial, de cara a la concreción del ISN<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección estudios, Año 20, n° 2, 2013, p.29. Se comparte además, el criterio de esta autora al apuntar que la idea de reparto, distribución o atribución por muy equitativo que sea, choca frontalmente con la noción de corresponsabilidad, la cual implica que los padres comparten, participan en vida conjunta o separada, en *ob. cit.*, p. 51.

<sup>21</sup> Al respecto puede consultarse ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *ob. cit.*, pp. 21-59.

<sup>22</sup> La Observación General n° 7 del CRC, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia ha contribuido a comprender el alcance de la responsabilidad parental, en este sentido señala que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior. Los padres o familiares a cargo del niño tienen la obligación de brindar la dirección

El Estado tiene la obligación de apoyar a los padres en este rol, en tal sentido se pronuncia el Comité: “*en particular ayudando a los padres a ofrecer las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño*”<sup>23</sup>, de tal manera, de los artículos 19 y 20 de la Convención se evidencia el deber del Estado de proteger al niño, incluso cuando este se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona. Uno de los aportes del instrumento jurídico rector en materia de derechos del niño ha sido extender la vigencia del principio garantista del ISN, más allá de los ámbitos legislativo o judicial, hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso hacia las familias.

## **2. El derecho a no ser separado de sus padres**

En un sentido negativo el derecho del niño a vivir en familia se ha entendido como el derecho del niño a no ser separado de sus padres<sup>24</sup>, sin embargo, se aboga por la posibilidad de hacerlo excepcionalmente en favor del interés superior, la propia Convención señala “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el ISN*”<sup>25</sup>; añade el instrumento rector las situaciones en las que puede justificarse una decisión de esta naturaleza y deja abierta la posibilidad para que el juez pueda incorporar otras situaciones en las que considere pertinente tal separación.

Como bien señala el precepto en análisis, la separación constituye una medida de protección que puede justificarse sólo bajo circunstancias excepcionales. En opinión de los autores las causales, motivos o supuestos que habiliten a las autoridades a adoptar una decisión sobre la separación del niño de su entorno

---

apropiada con vistas a satisfacer su interés superior, no ejercer sus derechos, sino de dotarlos de las herramientas adecuadas para que el niño ejerza sus derechos por sí mismo de acuerdo a la “evolución de sus facultades”.

<sup>23</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, Ginebra, 2005, párrafo 20.

<sup>24</sup> Al respecto puede consultarse SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 7. Madrid, 1995, p. 235.

<sup>25</sup> Convención de los Derechos del Niño, artículo 19.1.

familiar deben estar oportunamente previstos en la ley. Respecto al riesgo que pueden conllevar las fórmulas amplias o abiertas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido: “una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el ISN”<sup>26</sup>.

La regulación, además de buscar un fin legítimo (que debe encontrar su fundamento en el ISN), debe ser objetiva y razonable, acorde con la Convención, de tal modo que se reduzca la posibilidad de arbitrariedad en su aplicación. Es por ello que las medidas que supongan una afectación del derecho del niño a vivir en familia, deben respetar los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad.

El principio de excepcionalidad implica que previamente a la separación del niño de sus progenitores se hayan realizado todos los esfuerzos posibles por apoyar y asistir a la familia en el adecuado cuidado, protección y crianza del niño<sup>27</sup>. El citado principio orienta el objetivo mismo de la medida de separación, puesto que buscan la restitución de derechos y la reintegración más pronta posible del niño a su familia. Por ende, la decisión debe tener un carácter temporal, y desde el inicio de su aplicación, sus contenidos han de estar orientados a lograr los objetivos de superación de las circunstancias que dieron lugar a la misma.

La decisión de separación del niño o niña del entorno familiar debe basarse en el principio de necesidad, es decir, valorar que tal medida se hace imprescindible debido al sufrimiento actual o inminente en virtud de abuso, negligencia, deficiencias educacionales o daños a la salud física o mental del niño o niña. Estos elementos de necesidad e idoneidad de la medida de protección deben quedar oportunamente justificados y documentados en la decisión que adopte el órgano juzgador. Esta decisión debe fundamentarse en las respectivas evaluaciones

---

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Forneron e hija Vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 99, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/fichatecnica.cfm>. Consultado el 31 de octubre de 2022 y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, sentencia cit., párrafo 111.

<sup>27</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, párrafo 172, 2013. Disponible en: <https://www.oas/es/cidh/infancia/docs/pdf/iforme-derecho>. Consultado el 25 de enero de 2023.

técnicas que se realicen por parte de los equipos de profesionales expertos. Implica, además, una revisión de carácter periódico de la medida con el fin de establecer si la misma sigue siendo necesaria e idónea, debiera ser modificada o bien cesada<sup>28</sup>.

Debe, además, tenerse en cuenta la razonabilidad del plazo<sup>29</sup>, lo que implica una garantía del debido proceso. Debe recordarse que la percepción del paso del tiempo no se cuantifica igual para niños y adultos.

El objetivo de preservación y restitución de derechos y el ISN deben, entonces, guiar la regulación de las diversas modalidades de medidas especiales de protección, así como su contenido, aplicación y revisión. Por consiguiente, las medidas especiales de protección deben estar orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que el niño necesite a la vez que deben buscar, desde el primer momento, el restablecimiento de todos sus derechos, incluido el derecho a la familia y a la vida familiar, además de promover la superación de las circunstancias familiares que hayan originado la adopción de la medida especial de protección.

En estos casos, y en la medida de lo posible, debe propiciarse trasladar al niño bajo el cuidado de su familia extensa o ampliada. Sólo en caso de que la familia ampliada no estuviera en condiciones de hacerse cargo del niño, no quisiera hacerlo, o fuera contrario a sus intereses, se procederá a reasentar al niño bajo el cuidado y la guarda de otras personas.

De este modo, un enfoque integral del derecho del niño a vivir en familia incluye no solo la responsabilidad de la familia, sino que también vincula a otros actores sociales como son la comunidad, las autoridades administrativas, judiciales, y en general, al Estado, reconociéndoles a todos espacios activos de participación en la construcción del ISN.

---

<sup>28</sup> Es crucial en este proceso para la determinación de cual sea el ISN escuchar a los padres, la familia extendida y otras personas en contacto directo con el niño o que sean relevantes en su vida. También debe el niño poder expresar sus criterios y que estos, como ya se ha explicado, sean tenidos en cuenta de alguna manera en la decisión final que se adopte. Es preciso advertir que la existencia de un contexto más benéfico para el crecimiento del niño no justifica, por sí mismo, la separación. Las faltas económicas o la mera situación precaria no pueden servir de fundamento, pues ellas podrían ser enfrentadas con medidas menos radicales.

<sup>29</sup> Ver Convención de los Derechos del Niño, artículo 40, párrafo 2, inciso b iii).

### **3. El derecho a mantener contacto directo con el padre con el que no convive, así como con otros parientes consanguíneos y afines**

Como ha quedado expuesto, el niño tiene derecho a la coparentalidad, es decir, a mantener relaciones con ambos padres, sin importar si viven juntos o separados. De ahí que la CDN también se pronuncie sobre el derecho del niño a la reunificación familiar y a mantener periódicamente contacto directo con el padre con el que no convive, expresando, en su artículo 10.2 que *“el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”*, acompañándolo del consiguiente derecho de entrar y salir libremente de cualquier Estado parte<sup>30</sup>.

Como señala GÓMEZ DE LA TORRE, “este derecho/deber se basa en el principio de que el niño es sujeto de derechos, y en consecuencia, titular del derecho de relacionarse en forma regular y permanente con su padre o madre que no vive con él”<sup>31</sup>.

El derecho a mantener contacto con el padre con el que no convive tiene su fundamento en la necesidad del niño de mantener relaciones afectivas con ambos padres, al tiempo que tributa al respeto de su derecho a su identidad. En opinión de las sociólogas PÉREZ CONTRERAS y TÁMARA ARRÁZOLA “el afecto es una necesidad, quizás la más importante para el desarrollo emocional de los niños, puesto que deriva en una buena autoestima, seguridad en sí mismo, manejo adecuado de relaciones interpersonales, entre otros aspectos”<sup>32</sup>.

Puede, bajo determinadas circunstancias extenderse este derecho hacia otros parientes o familiares, con quienes mantenga fuertes lazos afectivos, dado el papel trascendente que ocupan en el desarrollo emocional del niño, tales como

---

<sup>30</sup> Vid. Convención de los Derechos del Niño, artículo 10.1.

<sup>31</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, “La relación directa y regular como efecto de la ruptura”, Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, n° 4 s/l, 2011, p. 124. Disponible en: <https://analesfcfm.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18712>. Consultado el 16 de noviembre de 2020.

<sup>32</sup> PÉREZ CONTRERAS, Blanca y Elcie TÁMARA ARRÁZOLA, “Vínculo afectivo en la relación paterno-filial como factor de calidad de vida”, Tendencias y retos, Vol. 18, n° 1, enero-junio, 2013, p. 20.

los abuelos, los parientes por afinidad, entre otros, pues no debe perderse de vista que el fin último de este derecho es la preservación de las relaciones familiares.

Del artículo en análisis se destaca que este derecho debe concretarse “periódicamente”, es decir, que reclama de una relación estable, permanente, duradera, entre el niño y el progenitor con el que no convive.

El contacto directo y la comunicación no deben limitarse al contacto físico, sino que debe comprenderse en un sentido mucho más amplio, que puede ser concretado mediante cartas, vía telefónica, por medio de las redes sociales o cualquier otra clase de comunicación, de manera que exista una participación activa del padre en todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida de su hijo.

Debe añadirse que el hecho de que el padre no conviva con el niño o niña no lo exime de la responsabilidad parental que antes se aludía, sino todo lo contrario, debe este, de conjunto con el resto de la familia, e incluso el Estado, crear los mecanismos idóneos para que se satisfaga plenamente el derecho del niño a la corresponsabilidad parental.

En resumen, el derecho del niño a vivir en familia se erige como un elemento indispensable para garantizar el ISN en cualquier decisión que lo involucre, para ello deberán tenerse en cuenta los elementos antes apuntados en torno a la corresponsabilidad parental, la no separación de sus padres, y el derecho a mantener contacto con el padre con el que no convive y con otros parientes consanguíneos y afines. No obstante, la plena satisfacción de este derecho también depende del nivel de ejercicio y disfrute del resto de los derechos que reconoce la Convención.

#### **IV. CONFLICTOS EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DERIVADOS DE LA MIGRACIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES**

La migración ha sido entendida como *“los desplazamientos de personas que tienen como intención un cambio de residencia desde un lugar de origen a otro de destino, atravesando algún límite geográfico que generalmente es una división político-administrativa”*<sup>33</sup>.

En la mayoría de las ocasiones, los niños y niñas se convierten en protagonistas del fenómeno migratorio por voluntad de sus progenitores, de ahí que, al no tratarse de una decisión enteramente personal, sino incentivada por sus cuidadores ha de prestarse especial atención a las circunstancias en que se desenvuelve y, particularmente, al disfrute y protección de sus derechos.

Las consecuencias que implica la migración son diversas, puede repercutir positiva o negativamente en la concreción de los proyectos de vida de los niños y uno de sus principales efectos negativos es la discriminación que pueden sufrir en el lugar de destino por ser este culturalmente diferente al de origen. En el ámbito familiar, puede generar la ausencia de uno de los padres en el desarrollo del niño, o de otros familiares, y en las más extremas circunstancias, puede conllevar la desintegración familiar, en los casos en que la distancia implica la ruptura de relaciones afectivas y la ausencia total de comunicación, o esta se produce de manera muy esporádica.

Es por ello que la preservación de las relaciones familiares deber ser el fin esencial que deben propiciar los operadores jurídicos. En este sentido, se hace imprescindible el respeto de los derechos del niño o niña a no ser separado de sus padres, el derecho a la reunificación familiar y a mantener contacto directo con el padre con el que no convive, y el derecho a la coparentalidad.

Así pues, desde el triunfo de la Revolución cubana en 1959, los derechos de la niñez y la adolescencia en nuestro país han constituido un objetivo priorizado del

---

<sup>33</sup> RUIZ GARCÍA, Aída, “Migración oaxaqueña, una aproximación a la realidad”, Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, Oaxaca, México, p. 19. Disponible en: <https://books.google.com.cu/books/about/Migrac%25C3%3n>. Consultado el 8 de mayo de 2022.

Estado. Cuba firmó la CDN el 26 de enero de 1990, a pocos meses de su aprobación y lo ratificó el 21 de agosto del siguiente año.

La actual Carta Magna cubana introduce nuevos conceptos hasta entonces omitidos en la legislación nacional, atemperados a las modernas concepciones en torno a la familia. En este sentido, reconoce no sólo el derecho de toda persona a fundar una familia, cualquiera que sea su forma de organización<sup>34</sup>, sino que además establece que puede ser constituida esta por vínculos jurídicos, de hecho o de naturaleza afectiva, con lo cual se brinda un nuevo y transformador alcance al concepto de familia. Puede entonces extenderse el derecho del niño a vivir en familia a los padres, los abuelos, demás parientes consanguíneos y por afinidad, incluso a otras personas con quienes mantenga vínculos afectivos. Se regula también la responsabilidad de ambos padres en la educación y formación de sus hijos, así como que tanto estos como otros parientes que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos<sup>35</sup>. Se introduce además, el reconocimiento a las niñas, niños y adolescentes como plenos sujetos de derechos, que incluyen no solo los reconocidos en la Constitución sino también aquellos que poseen por su *“especial condición de persona en desarrollo”* y establece que *“El Estado, la sociedad y las familias brindan especial protección a las niñas, niños y adolescentes y garantizan su desarrollo armónico e integral, para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan”*<sup>36</sup>.

La consagración en el magno texto, por primera vez en el ordenamiento jurídico cubano, del niño como sujeto de derechos, con capacidad, de acuerdo a la evolución de sus facultades, para decidir sobre aquellas cuestiones que lo involucren, y la obligación de los padres y otros actores sociales de tener en cuenta su interés superior, encuentra su máxima garantía en la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso.

---

<sup>34</sup> Ver Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, artículo 81. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 5, Extraordinaria, de 10 de abril de 2019.

<sup>35</sup> Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, artículo 84. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 5 Extraordinaria, de 10 de abril de 2019.

<sup>36</sup> Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, artículo 86. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 5, Extraordinaria, de 10 de abril de 2019.

Jueces, abogados, notarios, Ministerio del Interior, y todos los operadores jurídicos, sin excepción, están obligados a construir el interés superior del niño<sup>37</sup> en los asuntos de su competencia. Deben valorar que la estabilidad de las relaciones familiares, la seguridad afectiva del niño, niña o adolescente de que se trate, lo que no está condicionada por el mantenimiento del niño en el país de origen, sino que puede concretarse también mediante otras alternativas desde el país receptor, pues el derecho a la coparentalidad no implica la convivencia física permanente de los progenitores con el niño, sino que puede satisfacerse también estando estos separados.

En el contexto cubano la migración ha ido ganando espacio como un proyecto de vida válido, fundamentalmente para la población joven. Según datos publicados en el anuario demográfico de la Oficina Nacional de Estadística e Información, por sus siglas ONEI, en 2021 residían en Cuba 11 113 215 personas, 68 380 menos que las contabilizadas el año anterior, siendo el descenso más pronunciado desde 1980<sup>38</sup>.

El artículo 12 de la Ley No. 1312 de fecha 20 de septiembre de 1976 “Ley de Migración”<sup>39</sup> establece la competencia del Ministerio del Interior para confección y tramitación del pasaporte, mientras que el artículo 21 de su Reglamento<sup>40</sup> en su inciso b) determina como requisito para expedir pasaporte y autorizar la salida del territorio nacional de los menores de 18 años la autorización formalizada ante Notario Público de sus padres o representantes legales. Este requisito encuentra su fundamento en el ejercicio de la corresponsabilidad parental, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 83 del actual Código de Familia<sup>41</sup>, el que es

---

<sup>37</sup> El Código de las Familias, desde su Título I dedicado a las Disposiciones Preliminares, que irradian al resto del articulado legal, establece en su artículo 7 algunos de los parámetros que deberán ser valorados para determinar el interés superior de una niña, niño o adolescente en una situación concreta. Algunos de estos, los replica el Código de Procesos en el artículo 158, al determinar el contenido de las sentencias en que intervienen niñas, niños o adolescentes.

<sup>38</sup> ONEI, Anuario Estadístico del año 2021. Disponible en: <http://www.onei.gob.cu/node/18491>. Consultado el 28 de julio de 2022.

<sup>39</sup> *Vid.* Ley n° 1312, Ley de Migración, de fecha 20 de septiembre de 1976, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 44, edición ordinaria, de 16 de octubre de 2012.

<sup>40</sup> *Vid.* Decreto n° 26, Reglamento de la Ley de Migración, de fecha 19 de julio de 1978, modificado por el Decreto n° 305 de 11 de octubre de 2012, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 29, edición extraordinaria, de 27 de agosto de 2015.

<sup>41</sup> *Vid.* Código de Familia, Ley n° 1289, de 14 de febrero de 1975, artículo 83, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Ordinaria, n° 6, de 15 de febrero de 1975.

perfectamente posible cumplimentar cuando ambos representantes legales <sup>42</sup> están de acuerdo, pero ¿Qué sucede cuando uno de los padres no lo autoriza? Generado el conflicto ¿Cuál es el cauce procedimental para dirimirlo? ¿Qué órgano es el competente para resolverlo?

Del examen de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en los últimos años, bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se ha podido constatar que no existe uniformidad en la determinación del cauce procesal por el que ha de discurrir los conflictos que genera la negativa de autorización de uno de los padres para que el niño obtenga pasaporte y viaje fuera del territorio nacional.

En su Sentencia No. 281 de 25 de mayo de 2015 aduce el Alto Foro que *“...la naturaleza del diferendo entre las partes, atinente al ejercicio de las facultades decisorias de la posibilidad de viaje internacional del hijo de ambos durante su minoridad, dada la disparidad de posiciones al respecto, asumida por los contendientes, lo que constituye indudable supuesto de controversia derivada de la vigencia de patria potestad ostentada de conjunto por ambos padres, cuyo conocimiento integra el ámbito competencial de los tribunales municipales, desde las secciones de familia, según el artículo cinco, apartado segundo, de la ley rituarial, como parte de la tuición que, desde lo judicial, se ofrece a los conflictos familiares, de modo que no es remisible el asunto a las autoridades migratorias por ir más allá del cumplimiento de las exigencias documentarias en este ámbito, para integrarse en conflicto de ejercicio de las facultades paterno-filiares, con repercusión en el cumplimiento de requisitos exigibles para la salida al exterior de los menores de edad en el país”*. Criterio que se reitera en la Sentencia No. 502 de 19 de agosto de 2015 cuando sienta la Sala de lo de Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo que *“... la legal posibilidad de que el menor hijo de los litigantes viaje a los Estados Unidos de América a reunirse con su progenitora, por determinados períodos de tiempo, lugar de residencia de*

---

<sup>42</sup> Los autores utilizaremos indistintamente los términos padres, titulares de la responsabilidad parental y representantes legales para referirnos a los sujetos que ejercitan la responsabilidad parental, aunque preferimos por su amplitud la última denominación (representantes legales) porque aunque los conflictos que desarrollamos en el epígrafe generalmente se suscitan entre padres, también pueden generarse entre personas a las que se le haya delegado voluntariamente la responsabilidad parental, e incluso entre tutores, en los casos de tutela plural.

*esta; ante la objetiva negativa del progenitor residente en Cuba para el diligenciamiento de los trámites migratorios pertinentes y consiguiente salida del territorio nacional del niño con ese fin, decisión cuyo acierto responde al universo de deberes y derechos que contempla el estatuto de la patria potestad, que se reconoce a los padres sobre sus hijos y su adecuado, práctico y funcional ejercicio...”*

Pensará el lector que el tipo procesal por el que ha de discurrir el caso conflictual es claro: procedimiento sumario por conflicto surgido entre los padres en el ejercicio de la patria potestad, previsto en el artículo 358 de la entonces vigente riuaria ley de trámites civiles, actualmente se mantiene en el vigente Código de Procesos como un proceso sumario<sup>43</sup>, cuya competencia en ambos casos está atribuida a los Tribunales Municipales Populares. Sin embargo, no es este el único cauce procesal mediante el que pudiese dirimirse este conflicto: en el año 2017 la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Alto Foro cubano, resuelve mediante la sentencia No. 983 de 29 de diciembre de 2017 el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia que en su momento resolvió la pretensión sustanciada en Proceso Especial de Divorcio por Justa Causa, en el que se solicita de que se autorizara a la niña a viajar a México acompañada de su madre, ante la negativa del padre para autorizarla.

De ahí que, aun cuando en nuestro actual escenario procesal es la tipología procesal sumarial, prevista en el artículo 551.1 del Código de Procesos<sup>44</sup>, la adecuada para substanciar los conflictos que se deriven de la negación de uno de los representantes legales para que el niño obtenga pasaporte o salga del territorio nacional, no este el único cauce procesal, pues perfectamente podrá tramitarse el conflicto derivado del fenómeno migratorio en un proceso de divorcio (artículo 551.1 inciso a) en el que se solicite como pretensión principal la disolución del vínculo conyugal y como accesorias, la de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación o la de autorización para que el menor obtenga pasaporte y salga del territorio nacional<sup>45</sup>, pretensiones sucesivas

---

<sup>43</sup>Vid. Ley n° 141 de 2021, Código de Procesos, de fecha 28 de octubre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 138, edición extraordinaria, de 7 de diciembre de 2022.

<sup>44</sup> Vid. Ley 141/2021, Código de Procesos, de fecha 7 de diciembre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 128, edición ordinaria, de 7 de diciembre de 2021.

<sup>45</sup> La formulación de uno u otro *petitum* dependerá de los hechos que motivan la interposición de la demanda, a modo de ejemplo, si la madre residiera permanentemente en España, y demanda a

acumulables, debiendo el Tribunal pronunciarse sobre ambos pedimentos. Podrá canalizarse también a través de un proceso sobre la determinación o modificación de lo dispuesto en la sentencia de divorcio sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación (Artículo 551.1 inciso b) o por el cauce diseñado por el Código de Procesos en el inciso d) del propio precepto para los conflictos que surjan del ejercicio de la patria potestad y la guarda y cuidado. No obstante, sea uno u otro el camino procedimental, siempre transitará por el proceso sumario, y gozará de sus ventajas:

- Celeridad, la justicia no debe dilatarse en el tiempo, debe ser expedita, trayendo como consecuencia la obligación de actuar en un plazo determinado y razonable. Los plazos del proceso sumario, en comparación con el proceso ordinario, se reducen significativamente, así mientras en el ordinario el demandado tiene 20 días para contestar (Artículo 526.1), en el sumario tiene solo 10 días (artículo 553.1), plazo que excepcionalmente puede el Tribunal ampliar por 20 días más en el ordinario (Artículo 526.2), y por solo 10 en el sumario (artículo 553.2); declarado concluso el proceso ordinario el Tribunal queda obligado a dictar la sentencia en un plazo que no exceda de 20 días (Artículo 543.1) mientras que en el sumario la tendrá que dictar en no más de 10 días (artículo 556.4). En el proceso sumario los plazos se reducen a la mitad de los previstos para el ordinario.
- Competencia del Tribunal Municipal Popular por razón de la materia (Artículo 24.2): Los autores lo situamos como una ventaja porque implica mayores posibilidades de alcanzar la justicia, al ensanchar el derecho a impugnar con una doble instancia.
- Concentración procesal: En aras evitar dilaciones indebidas, el legislador procesal modeló una única audiencia para el proceso sumario, siempre que sea posible (Artículo 556.1), a la que las partes concurrirán con las pruebas propuestas (Artículo 556.2), concentrándose las funciones típicamente

---

su esposo, padre de su hija de 8 años porque quiere divorciarse, que la niña resida preferentemente en Cuba con su papá y que los meses de julio y agosto su hija conviva con ella en España, retornando a Cuba antes de finalizar el mes de agosto, a lo que su esposo se niega, la pretensión accesoria, en estricta técnica jurídica, debería discurrir por el terreno de la fijación del régimen de comunicación y no por la autorización para viajar, pues la primera lleva implícita a la otra.

conciliadoras y saneadoras del acto con las de admisión y práctica de pruebas.

- Aplicación supletoria de las normas que regulan el proceso ordinario. Por ser el proceso modelo, con amplias posibilidades de alegación, probanza e impugnación, el legislador procesal en el Artículo 557 remite al ordinario para todo lo que no esté previsto en el diseño del sumario.

En los procesos sumarios por conflictos entre los titulares de la responsabilidad parental:

- Procede sumisión de parte. No la prohíbe el legislador en la hipótesis de la norma establecida en el artículo 31.
- Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, el Tribunal competente por razón del lugar es el Tribunal del domicilio del demandado (Artículo 34 inciso f)
- Es un asunto de naturaleza indisponible con matices de disponibilidad. La esencia disponible o no del conflicto depende de la acción en sentido concreto, si prima la autonomía de la voluntad en el derecho subjetivo que se reclama, se tratará de un proceso disponible, que ata al Tribunal a que su sentencia sea correlativa al *petitum* del actor (principio dispositivo-material), para MENDOZA DÍAZ “(...) *la naturaleza no disponible del Derecho de Familia condiciona que en los procesos de esta materia el Tribunal no puede apartarse de lo solicitado por las partes, por el interés superior del menor y de la sociedad que prevalecen (...)*”<sup>46</sup>, ese carácter indisponible por excelencia del tipo procesal que analizamos, hace que resulte inaplicable la regla del artículo 554.2 ( tener por conforme con los hechos al demandado rebelde sin causa justificada ), que el Tribunal pueda disponer de oficio medidas cautelares ( Artículo 240) y decisiones anticipadas sobre el fondo del asunto (Artículo 241), que las medidas adoptadas sobre la guarda y el cuidado, y el régimen de comunicación familiar, pueda ser modificado por el Tribunal cuando variaron las

---

<sup>46</sup> Vid. MENDOZA DÍAZ, Juan, “Derecho Procesal. Parte General”, Félix Varela, La Habana, 2015, p. 164.

circunstancias que motivaron su adopción (Artículo 158 del Código de las Familias); sin embargo, otras reglas inaplicables para las pretensiones de naturaleza indisponible, carecen de sentido en este tipo procesal, en tanto el conflicto existe y subsiste porque uno de los titulares de la responsabilidad parental( demandado en el proceso) manifiesta negativamente su voluntad, si se allana a la demanda por estar de acuerdo con la pretensión formulada en su contra (Artículo 530.1.2) o arriban a un acuerdo en la Audiencia Preliminar (Artículo 538.1 inciso d), y el Tribunal considera que lo pretendido coincide con el interés superior del niño, nada obsta para que dicte sentencia, sin más trámites.

Por otra parte, y retomando la mencionada Sentencia No. 983 de 29 de diciembre de 2017 de la Alta Magistratura Judicial, vale mencionar el reiterado criterio en los últimos años de la Sala al afirmar que ninguna decisión judicial podrá superar a la que al respecto adopten sus padres, por ser los más interesados en su bienestar, seguridad y felicidad, declara CON LUGAR el recurso, revocando la sentencia de instancia, y sentando que *“...el artículo ochenta y tres del Código de Familia se dispone que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente; por tanto, revocada por el padre la autorización previamente conferida para que la menor viajara al exterior; ello, resulta en todo caso un acto en pleno ejercicio de la patria potestad que ostenta; en tal caso, ha de estimarse que corresponde a los progenitores determinar las situaciones referidas a sus menores hijos; pues aún de los límites que el Derecho establece a la autonomía de la voluntad de los padres; de forma general, y en particular en cuanto al específico caso de la autorización para emigrar, esta ha de resultar prevalente; estimando quienes juzgamos que en el caso bajo examen no existe mérito legal para un pronunciamiento judicial que suplante la facultad que en exclusiva le viene atribuida a ambos progenitores; en ejercicio de la patria potestad; en correspondencia con ello, en el artículo veintitrés inciso g) del Decreto Ley trescientos dos de dos mil doce, modificativo de la Ley mil trescientos doce, “Ley de Migración “ de veinte de septiembre de mil novecientos setenta y seis, que resulta la norma especial, en materia migratoria, se establece que no pueden obtener pasaporte los menores que no cuenten con la autorización de ambos padres; mientras que en el artículo veinticinco del propio*

*cuerpo legal al relacionar las personas que estando en el territorio nacional no pueden salir del mismo, en su inciso g) menciona a los menores que le sea revocada la autorización de los padres o sus representantes legales formalizada ante notario público...”. El pronunciamiento de que el Tribunal no puede suplantar la voluntad de los padres se reitera en la Sentencia No.1061 de 29 de diciembre de 2017, en la que la propia sala de justicia, decide que “...conforme el artículo veintitrés del decreto ley trescientos dos, de once de octubre de dos mil doce, modificativo de la Ley de migración, de veinte de septiembre de mil novecientos setenta y seis, no existe mérito legal, para que el órgano judicial sustituya la facultad que en exclusiva le viene atribuida a ambos padres en pleno ejercicio de la patria potestad, y entender lo contrario, significaría de hecho una injustificada intromisión en los derechos y deberes que de ella dimanar, por lo que no queda opción distinta que los progenitores de la menor, atiendan a lo que resulta mejor a sus intereses y decidan lo más conveniente, sobre lo que es objeto del debate...”*

Ante esta disyuntiva, el reciente Código de las Familias<sup>47</sup> en su artículo 139 remarca<sup>48</sup> que en los casos en que surjan conflictos con motivo del ejercicio de la responsabilidad parental se puede acudir a la vía judicial o a la utilización de la mediación con la posterior homologación de los acuerdos ante el tribunal competente; mientras que el artículo 381, para la tutela plural, fija que las diferencias de criterios entre los tutores son dirimidas ante el Tribunal que las haya constituido, dejando sentado la obligación del Tribunal de decidir en caso de existir conflicto entre los titulares de la responsabilidad parental.

Encontrándose en conflicto los derechos de un niño, poca significación tiene que la decisión del Tribunal se aparte de la voluntad de uno de los padres, cuando su deber es velar por el interés superior del niño<sup>49</sup>. Lo que si debe potenciar el órgano jurisdiccional con su decisión es la participación activa y consiente de los padres y el resto de la familia sea cual sea el lugar en el que estos convivan. La

---

<sup>47</sup> Vid. Acuerdo n° IX-109/2021 de fecha 12 de enero de 2022, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 4, edición extraordinaria, de 12 de enero de 2022.

<sup>48</sup> A consideración de los autores se trata una oportunista regulación del proyecto de norma que busca saldar la disparidad de criterios de la jurisprudencia cubana invadiendo desde lo sustantivo el terreno de lo procesal, que es el ambiente natural para normar tutela judicial efectiva y competencia.

<sup>49</sup> El principio dispositivo-material cede frente a su par antagónico, el principio de oficialidad.

comunicación constituye un elemento esencial en estas circunstancias, la que puede ser ampliada a través del empleo de la tecnología, puede tratarse de un intercambio a través del teléfono fijo o móvil, dado el auge de las telecomunicaciones, o en virtud de correo electrónico, video conferencia y otros medios afines como Facebook, WhatsApp, Skype, todas ellas encaminadas a sostener los vínculos afectivos a través de estas vías<sup>50</sup>. Debe también establecerse un régimen de visitas que posibilite el contacto cercano del niño con aquellos familiares con los que no convive, pues como ya se ha afirmado, el derecho del niño a vivir en familia va más allá de la relación con los progenitores, e incluso de los parientes consanguíneos.

Por ello, si bien la migración puede incidir negativamente en el respeto de estos derechos, debe ser considerada como un proyecto de vida válido en el que el niño debe tener participación. El derecho a la participación o a ser escuchado es esencial en este sentido, para en la asunción de uno u otro proyecto de vida. Debe darse prioridad a lo que el niño entiende como su propio interés teniendo en cuenta su edad y madurez.

Respecto a este fenómeno, el CRC ha estimado que es imprescindible escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud.<sup>51</sup>

Por consiguiente, la evaluación y determinación del ISN debe partir de las circunstancias concretas que rodean el caso. En relación a la preservación de las relaciones familiares deben valorarse:

- a) los hechos que condujeron a la migración, determinar, mediante la escucha, si se trata de un proyecto de vida familiar concebido y preparado con la intervención del propio niño, cuáles son sus aspiraciones y proyecto de vida;
- b) Debe tenerse en cuenta si resulta apropiado para la estabilidad y seguridad emocional del niño o niña involucrada, así como las posibles situaciones de vulnerabilidad y la identidad del niño;

---

<sup>50</sup> Vid. Artículo 133 inciso d) del Proyecto de Código de las Familias.

<sup>51</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 12...*, ob. cit., párrafo 123.

- c) de materializarse la migración, debe instaurarse un adecuado régimen de comunicación con el padre con el que no convive y otros parientes con los que mantiene lazos afectivos.

La migración en Cuba va en ascenso, pero a diferencia de otros momentos históricos, hoy nuestro país cuenta con una norma que revoluciona el Derecho Familiar. El nuevo Código de las Familias acoge en sus postulados la más moderna doctrina y legislación, dota a nuestras niñas, niños y adolescentes de un robusto cuerpo legal que preconiza su interés superior como estandarte de la nación. Los conflictos derivados del ejercicio de la responsabilidad parental podrán subsistir, pero el camino para su solución está bien dibujado en el proyecto de norma sustantiva y en la procesal, solo se requiere de profesionales altamente preparados, especializados y sensibilizados con los derechos de nuestras niñas, niños y adolescente y su protección integral estará garantizada.

## **V. CONCLUSIONES**

Las relaciones familiares son apreciadas desde la CDN en un sentido abarcador, que integre a la familia ampliada y el entorno en general. Deben ser entendidas no como poderes, sino como funciones de orientación, desde el principio de capacidad progresiva, con una perspectiva democrática de familia, donde se respeten los derechos humanos de cada uno de los integrantes. Vincula no solo a los padres y el resto de la familia, sino que se extiende a otros actores sociales, como el Estado y la comunidad.

La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares constituye un parámetro de objetivación de elevada trascendencia para la determinación del ISN, dado el papel significativo de la familia en su función formadora y de acompañamiento del niño o niña. Su aplicación se caracteriza por sustentarse en una concepción amplia de familia que tenga como eje a los afectos y no a los lazos consanguíneos; a ello se añade que requiere una perspectiva de género que garantice la igualdad de los sujetos intervinientes; un enfoque multidisciplinario que aborde las connotaciones jurídicas, psicológicas y

sociológicas de los conflictos suscitados; y el apoyo de equipos asesores, cuya experticia técnica es imprescindible.

El contenido del derecho del niño del niño a vivir en familia alcanza a su vez otros derechos reconocidos en la CDN: a) la corresponsabilidad parental, que consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, y la coparentalidad, que se consagra como el derecho de niños y niñas a relacionarse con sus padres y a mantener un contacto frecuente con estos (ambas perspectivas se complementan recíprocamente en la relación paterno-filial, de cara a la concreción del ISN); b) el derecho a no ser separado de sus padres, salvo determinadas circunstancias, en favor del ISN, siempre que se cumplan los requisitos de excepcionalidad, necesidad y razonabilidad del plazo; c) el derecho a mantener contacto directo con el padre con el que no convive, así como con otros parientes consanguíneos y afines, el cual no debe ser entendido exclusivamente como el contacto físico, sino que puede concretarse mediante otras vías.

La evaluación de la preservación del entorno familiar en situaciones derivadas de la migración de uno de los progenitores o del niño o niña sugerirá al operador jurídico propender a la preservación de los lazos de afecto significativos, el empleo de regímenes de guarda, cuidado y comunicación flexibles y adaptados al caso concreto y al establecimiento de medidas de mitigación de los efectos en niños, niñas y adolescentes de conductas dañinas al mantenimiento de las relaciones familiares.

El cauce procedimental diseñado por el legislador procesal para dirimir conflictos entre los representantes legales del niño por negación de la autorización para viajar es el sumarial. Podrá tramitarse en un proceso de divorcio, en el que se pide como pretensión principal la disolución del vínculo conyugal y como accesorias, la de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación o la de autorización para que el menor obtenga pasaporte y salga del territorio nacional; a través de una demanda sobre la modificación de lo dispuesto en la sentencia de divorcio sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación; o por el cauce diseñado por el codificador para los conflictos que surjan del ejercicio de la responsabilidad parental. El Tribunal en la tramitación y resolución del conflicto

deberá velar por el interés superior del niño, sin importar que su decisión se aparte de la voluntad de sus padres.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección estudios, Año 20, n° 2, 2013, pp. 21-59.*

ARÉS MUZIO, Patricia, *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

BUSTOS PÉREZ, Max de Jesús, “El principio de corresponsabilidad parental y su eficacia a la luz de la legislación laboral chilena actual”, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 2015.*

CLAVIJO PORTIELES, Alberto, *Crisis, familia y psicoterapia*, Ciencias Médicas, La Habana, 2011.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General n° 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, *CRC/C/GC/7/Rev.1, Ginebra, 2005.*

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General n° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, *CRC/C/GC/14, Ginebra, 2013.*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A n° 17.*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, *sentencia del 24 de febrero de 2012. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec239esp>. Consultado el 20 de enero de 2023.*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Forneron e hija Vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/fichatecnica.cfm>. Consultado el 31 de octubre de 2022.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, “La relación directa y regular como efecto de la ruptura”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n.º. 4, 201, pp. 1-13.

HERRERA, Marisa, “La democratización de las relaciones de la familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niño, niñas y adolescentes”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n.º 4, 2011, pp. 17-56.

LATHROP, Fabiola, “Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores”, en AAVV.: *Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. Colectivo de Autores), Comares, España, 2007, pp. 251-280.

MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2015.

MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de Familia, módulo I*, Félix Varela, La Habana, 2004.

MORLACHETTI, Alejandro, *Sistemas Nacionales de Protección Integral de la Infancia*, CEPAL/UNICEF, Santiago de Chile, 2013.

Oficina Nacional de Estadística e Información, *Anuario Estadístico del año 2021*. Disponible en: <http://www.onei.gob.cu/node/18491>. Consultado el 28 de julio de 2022.

PARRA BOLÍVAR, Hesley, *Relaciones que dan origen a la familia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005.

PÉREZ CONTRERAS, Blanca y Elcie TÁMARA ARRÁZOLA, “Vínculo afectivo en la relación paterno-filial como factor de calidad de vida”, *Tendencias y retos*, vol. 18, n.º 1, enero-junio, 2013, pp. 17-32.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), “Informe Nacional sobre desarrollo humano”, 1999. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/1162/3133\\_es.pdf.txt](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/1162/3133_es.pdf.txt).

Consultado el 6 de diciembre de 2022.

RUIZ GARCÍA, Aída, *Migración oaxaqueña, una aproximación a la realidad*, Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, Oaxaca, México, 2002.

RUIZ DE MIGUEL, Covadonga, “La familia y su implicación en el desarrollo infantil”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 10, n° 1, Madrid, 1999, pp. 289-304.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 7. Madrid, 1995, pp. 231-297.

SALOMONE Gabriela, “Ética y deontología frente a los derechos de la infancia y la adolescencia, II Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología”, XVII Jornadas de Investigación Sexto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010. Disponible en: <https://www.academica.org/000-031/58.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2023.

SUÁREZ PALACIO, Paula Andrea y Maribel VÉLEZ MÚNERA, “El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental”, *Psicoespacios*, vol. 12, n° 20, 2018, enero-junio, pp. 173-198.

## **Fuentes Legales**

Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, artículo 81. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 5, Extraordinaria, de 10 de abril de 2019.

Ley n° 1289 “Código de Familia”, de 14 de febrero de 1975. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Ordinaria, n° 6, de 15 de febrero de 1975.

Ley n° 1312, “Ley de Migración”, de 20 de septiembre de 1976. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 44, edición ordinaria, de 16 de octubre de 2012.

Decreto n° 26, “Reglamento de la Ley de Migración”, de 19 de julio de 1978, modificado por el Decreto n° 305 de 11 de octubre de 2012. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 29, edición extraordinaria, de 27 de agosto de 2015.

Ley n° 141 de 2021, “Código de Procesos”, de 28 de octubre de 2021. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n° 138, edición extraordinaria, de 7 de diciembre de 2022.

## CAPÍTULO XV

# El consentimiento de los menores para el uso de sus datos personales. Especial referencia a redes sociales

*Juan Ramón Méndez Martos*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED (ESPAÑA)*

<p><b>SUMARIO: I. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN DE DATOS. 1. Progresividad. 2. Taxatividad. II. ESPECIAL REFERENCIA A REDES SOCIALES. 1. Edades. 2. Algunos procedimientos sancionadores en Europa. 3. La responsabilidad de los padres. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.</b></p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

### I. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

#### 1. Progresividad

Europa se ha convertido en la punta de lanza de mundo occidental en cuanto a la protección de los datos personales de los ciudadanos se refiere. El proceso de armonización regulatoria comunitaria en esta materia alcanzó su cenit con la promulgación del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (RGPD). En él, se hace especial referencia a la prestación del consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de sus datos personales.

Desde un punto de vista regulatorio, la capacidad del menor para actuar en uso de los derechos de los que es titular puede abordarse desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, la presunción de madurez suficiente ligada a una edad concreta, que será determinada por el legislador. Por otro, el reconocimiento de una cierta progresividad en la capacidad del menor en función de su propio grado

madurativo. Si bien en términos regulatorios resulta más sencillo el establecimiento de una edad frontera para el ejercicio o el nacimiento de determinados derechos<sup>1</sup>, parece entenderse más respetuosa con la dignidad de la persona la progresividad en la capacidad de obrar, en función de las circunstancias individuales de la persona<sup>2</sup>.

Si hemos de acudir a una fuente nacional que concrete esta progresividad de la capacidad del menor, partiremos del propio Código Civil. Allí, su artículo 162 recuerda a los padres que ostenten la patria potestad los actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo que éstos podrán ejercitar por sí mismos, de acuerdo con su madurez:

*«Artículo 162.*

*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.*

*Se exceptúan:*

*1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.*

*No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.*

*2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.*

*3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*

---

<sup>1</sup> Véase, p.ej. la mayoría de edad.

<sup>2</sup> De manera análoga, el mismo concepto de progresividad en la capacidad en línea con el respeto a la persona puede extenderse a las personas discapacitadas, en consonancia con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2016, como recuerda el Preámbulo I de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

*Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».*

En relación con el consentimiento contractual, también nos encontramos un reconocimiento a la progresividad de la capacidad del menor. Especialmente tras las modificaciones sufridas en 2015 y 2021<sup>3</sup>, se les otorga la potencialidad de celebrar contratos permitidos por la ley, así como aquellos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad, de conformidad con los usos sociales:

*«Artículo 1263.*

*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».*

La consecuencia necesaria de esta ausencia de concreción es la especial individualización de cada caso, donde la madurez del menor y el entorno social del mismo, harán que situaciones idénticas puedan resultar opuestas en cuanto a la validez del consentimiento, cuando las circunstancias del menor o de la sociedad en la que ejecuta el acto varíen sustancialmente.

La jurisprudencia se convierte en estos casos en una formidable fotografía temporal del momento en que se dicta, y con respecto al consentimiento contractual de los menores, ya en 1991 podíamos leer<sup>4</sup>:

*«...resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al*

---

<sup>3</sup> Modificaciones operadas por el artículo 2.29 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y por el artículo 2.48 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1991, ECLI:ES:TS:1991:16093, ponente Pedro González Poveda, FD. Tercero.

*público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» ( art. 3.1 del Código Civil ), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de estos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria».*

Pero no solo en la generalidad del Código Civil encontramos ejemplos de esta progresividad, sino que en normativas sectoriales más concretas observamos la misma habilitación progresiva del menor.

Una de ellas es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 9.3 dispone<sup>5</sup>:

*«3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

*b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.*

---

<sup>5</sup> De nuevo, debemos reseñar que esta modificación ha sido introducida con posterioridad a la promulgación de la ley, pues en 2003 y hasta 2015, el consentimiento lo otorgaba el representante legal del menor, habiendo escuchado a éste si era mayor de 12 años.

*c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».*

Como podemos observar, en este caso incluso se invierte el habitual paradigma de incapacidad del menor: será el paciente quién otorgue el consentimiento libre e informado (art. 8), salvo que no sea capaz de comprender el alcance de la intervención debido a su edad (art. 9.3), debido a que se viene concibiendo el consentimiento informado como una garantía del derecho fundamental a la integridad física<sup>6</sup>. Así, como recuerda BLASCO IGUAL, en materia sanitaria «la capacidad de juicio es vinculante para prestar el consentimiento de forma libre, consciente y voluntaria»<sup>7</sup>.

Por último, y por la estrecha relación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal, no podemos sino detenernos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo tercero, dice:

*«Artículo tercero*

*Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*

*Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».*

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 37/2011, de 28 de marzo, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:37, FJ. 5.

<sup>7</sup> BLASCO IGUAL, María Clara, “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 35, Barcelona, 2015.

Es de significar que, de nuevo, nos encontramos ante una norma que habilita a la individualización de cada caso concreto, centrado en las condiciones de madurez de cada menor de edad en relación con su derecho constitucional a la intimidad. Como expresa GUINEA FERNÁNDEZ, «*Es necesario facilitar el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor en el sentido de reconocerle, no únicamente el disfrute efectivo de los mismos en tanto que son inherentes, innatos, inalienables, o inembargables, sino además la posibilidad de –en consonancia con sus condiciones de madurez– permitirle configurarlos en armonía con el libre albedrío que le asiste*»<sup>8</sup>.

## **2. Taxatividad**

El necesario equilibrio entre la eficaz protección del menor y la actual tendencia social y normativa por la que se viene reconociendo a los menores la capacidad autónoma de decidir sobre aspectos fundamentales de su personalidad, acorde con su madurez, ha sido tratada en diversos considerandos del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, Reglamento general de protección de datos - RGPD)<sup>9</sup>. Pero es su artículo 8, dedicado al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, el que positiviza de una forma taxativa la edad que habilitará a los menores para prestar su consentimiento, en relación con sus datos personales.

Allí, se establece como frontera para la prestación del consentimiento la edad de 16 años. Aún así, el legislador europeo ha dejado un margen discrecional a los estados miembros para rebajar esa edad hasta los 13 años, oportunidad que ha aprovechado España para diferenciarse de la norma genérica. Acorde a ello, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los

---

<sup>8</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, “Autonomía de la voluntad: ejercicio del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen por el menor”, *La Ley Derecho de Familia, La Ley 18/15*, nº 5, 2015.

<sup>9</sup> Considerandos número 38, 58, 65, 75 del RGPD.

derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), disminuye esta frontera hasta la edad de los 14 años.

**RGPD: «Artículo 8**

*Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información*

*1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.*

*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años».*

**LOPDGDD: « Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad.**

*1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.*

*Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.*

*2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».*

Evidentemente, esta elección legislativa de simplificar la determinación de la capacidad del menor respecto a la disposición de sus datos personales, disociándola de otros elementos oscilantes asociados a la madurez o los usos

sociales, sin duda redundará en la necesaria armonización entre países de muy diferentes usos y costumbres, tal y como ocurre en Europa, ámbito de aplicación de la norma.

## **II. ESPECIAL REFERENCIA A REDES SOCIALES**

### **1. Edades**

Antes de pasar a detenernos en las edades que las diferentes redes sociales establecen como límite para su uso, se hace necesario traer a colación dos principios del RGPD relacionados, por la trascendencia que tendrán en los siguientes apartados de este trabajo.

En primer lugar, con respecto a la información que debe facilitarse a los menores, el artículo 12 RGPD establece la obligación de los Responsables del Tratamiento de facilitarla:

*«en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño».*

Y en cuanto al consentimiento otorgado por los tutores, en representación de los menores, el artículo 8.2 RGPD dispone:

*«El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible».*

De un breve recorrido por las diferentes redes sociales, entre aquellas de más habitual uso entre los menores, se desprenden las siguientes edades mínimas para poder acceder, según sus condiciones de uso aplicables a fecha de edición de este trabajo:

- WhatsApp: 16 años (EU)
- Instagram: 14 años (España)
- Twitter: 13 años.
- Youtube: 14 años, aunque es posible usarlo por debajo de esa edad con consentimiento parental y apps específicas como Youtube Kids.
- TikTok: 13 años, con límites de algunas funcionalidades hasta los 16 y 18 años.

El acceso de menores a las redes sociales es una notoria realidad, y como recuerdan VELASCO SÁNCHEZ y FUSTER-FABRA TOAPANTA, «*Es un hecho ampliamente extendido que los menores de edad encuentran en las redes sociales una herramienta de autoexpresión y una puerta de acceso a la información a nivel mundial*»<sup>10</sup>. Las redes sociales abren un nuevo espacio íntimo donde el menor se desarrolla y que, además, se aleja del control parental tradicional por el nuevo terreno virtual donde se desarrolla. O, como dice DÍAZ, «*En definitiva, las redes sociales se convierten en un espacio de intimidad más pronunciado, tanto por el uso como el contenido de la comunicación electrónica, lo que implica, sin duda, un alejamiento a la posibilidad de control externo sobre el sujeto que lo disfruta*»<sup>11</sup>. Ante este escenario, al responsable del tratamiento se le imponen dos obligaciones principales: la necesidad de verificación de la edad del usuario, y la de recabar su consentimiento o de aquellos quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, en su caso.

Como puede imaginar el lector, la primera dificultad a la que se enfrenta el responsable es la de verificar de forma fidedigna la edad de la persona que accede a su contenido. Según reportan algunos usuarios, la red social Youtube ha comenzado a requerir «una foto del DNI o de una tarjeta de crédito a aquellos usuarios que considera menores»<sup>12</sup> pero, en general, la verificación de la edad se

---

<sup>10</sup> VELÁSICO SÁNCHEZ, José Carlos, FUESTER-FABRA TOAPANTA, Juan Ignacio, “La sobreexposición de los menores en redes sociales. Patria potestad vs. Derecho a la Intimidad del Menor”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 34, Wolters Kluwer, 2022.

<sup>11</sup> DÍAZ, Jesús, “Redes sociales: Incumplimiento sistemático de los controles técnicos versus vulneración reiterada de los derechos del menor”, *Diario La Ley*, nº 9326, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2018.

<sup>12</sup> Así se afirma en: JUSTE, Marta, “¿Cómo controlan las redes el acceso de menores?”, *diario Expansión*, 19 de marzo de 2021, visitado en <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2021/03/19/60523917468aeb472f8b4627.html>

realiza mediante una simple acción del usuario para que afirme ser mayor de la edad que se determine, algo fácilmente franqueable. No es un asunto baladí, pues podemos considerar como generalizado el uso de los menores a las redes sociales. Tal y como se desprende del estudio realizado por la autoridad holandesa de protección de datos, no sólo los adolescentes son usuarios de la red TikTok, sino que niños a partir de 6 años son consumidores de su contenido. De hecho, se afirma que más del 20% de los niños de 6 años la utilizan, llegando a más del 60% en el caso de los menores de 12 años<sup>13</sup>. Para una visión más compleja de la problemática, a los datos poblacionales de utilización habrán de relacionarse los riesgos inherentes al uso de redes sociales, de los que NAVARRO ORTEGA y DURÁN RUIZ, destacan: *«La protección jurídica del menor en los entornos virtuales se ve amenazada, entre otras muchas situaciones, por el abuso en la utilización de servicios de redes sociales y de mensajería instantánea ya sea por parte de un adulto hacia un menor o por parte de un menor contra otro menor. Estos supuestos son difíciles de controlar en tanto en cuanto Internet y las redes sociales, los medios de intimación, resultan especialmente complejos y dinámicos»*<sup>14</sup>. Con respecto al uso y distribución de imágenes de los menores en las redes sociales, GIL MEMBRADO concreta los riesgos en *«la posibilidad de uso para fines delictivos, de difusión y de cesión a terceros de imágenes; en el morphing y, con ello, en la alteración y manipulación de las imágenes; en la utilización con fines distintos a los originalmente pretendidos que pueden vulnerar gravemente los derechos del menor, entre otros»*<sup>15</sup>. Y es que, como recuerda CORDERO CUTILLAS: *«Los menores en general y, más concretamente, los de corta edad no se percatan de los peligros, entre muchos, que pueden tener la utilización de las redes sociales como herramienta para*

---

<sup>13</sup> AUTORITEIT PERSOONSGEGEVENS vs TikTok, *Decision to impose an administrative fine*, 9 Abril de 2021, p.13.

<sup>14</sup> NAVARRO ORTEGA, Arsenio, DURÁN RUIZ, Francisco Javier, “La protección Jurídico-Administrativa del menor y frente al menor en redes sociales y servicios de mensajería instantánea”, en DURÁN RUIZ, Francisco Javier (coord.), *Desafíos de la Protección de Menores en la Sociedad Digital. Internet, redes sociales y comunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, Epígrafe 10.

<sup>15</sup> GIL MEMBRADO, Cristina, “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 13, Wolters kluwer, 2017.

*canalizar comentarios inapropiados, ridiculizando, atentando contra la intimidad o el honor de otros compañeros o personas adultas»<sup>16</sup>.*

## **2. Algunos procedimientos sancionadores en Europa**

Volviendo sobre la mencionada decisión sancionadora de la autoridad de Países Bajos sobre la red TikTok, observamos que la misma se fundamenta en la falta de una política de privacidad en el idioma del país, únicamente disponible para sus usuarios en inglés. Con ello, entiende que se vulnera uno de los requisitos fundamentales del consentimiento, y es que difícilmente puede darse informadamente, si ni siquiera puede entenderse su contenido. Con este procedimiento, la mencionada autoridad impuso una multa de 750.000€.

Pero esta autoridad no ha sido la única que ha decidido sancionar a la red social china. En Reino Unido, la ICO<sup>17</sup> ha anunciado la posibilidad de imponer a la misma red social una sanción de 27 millones de libras por tratar datos de menores de 13 años, por incumplir el deber de información, y por el tratamiento de categorías especiales de datos sin sustrato legal para ello<sup>18</sup>. En este sentido, las palabras del *Information Commissioner*, Jhon Edwards, al momento del anuncio de esta investigación revelan lo que entendemos se corresponde con el necesario equilibrio entre el mundo digital y la necesaria protección de datos personales:

*«Todos queremos que los niños puedan aprender y experimentar el mundo digital, pero con las protecciones de privacidad de datos adecuadas»<sup>19</sup>.*

---

<sup>16</sup> CORDERO CUTILLAS, Iciar, “Responsabilidad de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en las redes sociales”, en ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (coord.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, epígrafe 6.

<sup>17</sup> Information Commissioner’s Office.

<sup>18</sup> INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE, News, 26 September 2022, URL: <https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2022/09/ico-could-impose-multi-million-pound-fine-on-tiktok-for-failing-to-protect-children-s-privacy/>, última visita 05 de diciembre de 2022.

<sup>19</sup> «We all want children to be able to learn and experience the digital world, but with proper data privacy protections. Companies providing digital services have a legal duty to put those

También la autoridad italiana de protección de datos (GDPD) ha tenido que intervenir frente a esta red social. Así, esta autoridad de control hizo uso de las medidas urgentes de los artículos 58 y 66 RGPD<sup>20</sup>, limitando el tratamiento de datos por TikTok el 22 de enero 2021 con motivo de la muerte de una menor, tras la realización de un reto viral difundido a través de la red social<sup>21</sup>. En este caso, la garante basó su decisión en «*serias deficiencias con respecto a los métodos elegidos por la Sociedad para determinar la edad personal de los usuarios*»<sup>22</sup>. Además, en su nota de prensa de la misma fecha<sup>23</sup>, recuerda que ya en diciembre de 2020 avisó de las serias carencias encontradas en cuanto a los riesgos sobre la privacidad de los menores, iniciándose las correspondientes actuaciones por ello<sup>24</sup>. De nuevo, se enfatizaba el mismo problema relacionado con la facilidad de los menores de sortear la limitación de edad impuesta por TikTok, simplemente alegando una fecha de nacimiento diferente:

*«El Garante cuestiona a Tik Tok en primer lugar que los métodos de registro en la red social no protegen adecuadamente a los menores. La prohibición de registro para niños menores de 13 años, establecida por la*

---

*protections in place, but our provisional view is that TikTok fell short of meeting that requirement.*

*I've been clear that our work to better protect children online involves working with organizations but will also involve enforcement action where necessary. In addition to this, we are currently looking into how over 50 different online services are conforming with the Children's code and have six ongoing investigations looking into companies providing digital services who haven't, in our initial view, taken their responsibilities around child safety seriously enough».*

<sup>20</sup> Art. 58.2.f RGPD: “*imponer una limitación temporal o definitiva del tratamiento, incluida su prohibición*”; Art. 66 RGPD: “*En circunstancias excepcionales, cuando una autoridad de control interesada considere que es urgente intervenir para proteger los derechos y las libertades de interesados, podrá, como excepción al mecanismo de coherencia contemplado en los artículos 63, 64 y 65, o al procedimiento mencionado en el artículo 60, adoptar inmediatamente medidas provisionales destinadas a producir efectos jurídicos en su propio territorio, con un periodo de validez determinado que no podrá ser superior a tres meses. La autoridad de control comunicará sin dilación dichas medidas, junto con los motivos de su adopción, a las demás autoridades de control interesadas, al Comité y a la Comisión*”.

<sup>21</sup> GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (GDPD), Provvedimento del 22 gennaio 2021 [9524194].

<sup>22</sup> «*CONSIDERATO, in particolare, che l'esame preliminare condotto dall'Ufficio ha evidenziato gravi carenze in ordine alle modalità prescelte dalla Società per accertare l'età anagrafica degli utenti*».

<sup>23</sup> <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>.

<sup>24</sup> GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (GDPD), “*Tik Tok, a rischio la privacy dei minori: il Garante avvia il procedimento contro il social network*”, comunicación oficial del garante, visitada el 15 de enero de 2023 en: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9508923#en>.

*red social, es de hecho fácilmente eludible una vez que se utiliza una fecha de nacimiento falsa. Por lo tanto, Tik Tok no impide que los pequeños se registren ni verifica que se respeten las reglas de privacidad italianas, que requieren el consentimiento autorizado de los padres o de quien tenga la patria potestad para el registro en las redes sociales del menor que no haya cumplido 14 años»<sup>25</sup>.*

La preocupación acerca de la privacidad de los menores en la red social TikTok no era algo nuevo en Europa, pues el propio Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB – European Data Protection Board), en su 31ª sesión plenaria ya decidía constituir un grupo de trabajo para coordinar las posibles actuaciones y adquirir una visión general más completa del tratamiento y las prácticas de TikTok en el conjunto de la UE.

### **3. La responsabilidad de los padres**

Una de las cuestiones que cabría preguntarse, acerca del acceso de los menores a redes sociales o sitios webs prohibidos para su edad, es si los padres o tutores tienen en todo o en parte responsabilidad de que ello suceda o, sin embargo, debe mantenerse la responsabilidad en la esfera del responsable del tratamiento y sus medidas técnicas y organizativas.

Para ello, es muy interesante acudir al procedimiento sancionador de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), nº PS-00555-2021. Este expediente se sustanció contra una mercantil responsable de diferentes webs pornográficas, a las que se podría acceder mediante una simple manifestación de edad, en similitud con el ejemplo que hemos visto de las aplicaciones sociales.

---

<sup>25</sup> «Il Garante contesta a Tik Tok innanzitutto che le modalità di iscrizione al social network non tutelino adeguatamente i minori. Il divieto di iscrizione al di sotto dei 13 anni, stabilito dal social network, risulta infatti facilmente aggirabile una volta che si utilizzi una data di nascita falsa. Tik Tok di conseguenza non impedisce ai più piccoli di iscriversi né verifica che vengano rispettate le norme sulla privacy italiane, le quali prevedono per l'iscrizione ai social network il consenso autorizzato dei genitori o di chi ha la responsabilità genitoriale del minore che non abbia compiuto 14 anni».

En cuanto al acceso de menores a su web, el argumento principal esgrimido por la defensa fue el siguiente:

*«En relación con el RIESGO DE ACCESO DE MENORES en nuestras páginas web: En su momento, vimos que podía ser un problema, pero un problema que no debería estar en nuestro ámbito. Se analizó el Código Civil, y el control que nuestra entidad podía tener sobre los actos de menores de edad que se conectasen a nuestras web, llegando a la conclusión que la medida a tomar más drástica y eficaz en España era utilizar el DNI electrónico para acceder a las páginas web, pero esta solución a priori eficaz y posible de implementar a todas las personas que se conectan en nuestras webs, es imposible de implementar por varios motivos: a) Las personas que se conectan no están todas ubicadas en España en países que carecen de ese sistema de identificación válido. b) En España (si nos limitamos a personas que acceden desde España) la tenencia y uso del DNI es obligatoria desde los 14 años. Por lo que se decidió, como no podía ser de otra forma, que conforme al art. 1903 del CC, en relación con la responsabilidad es de las personas que tienen la Patria Potestad.*

*Creímos que no podíamos asumir un riesgo que no podíamos controlar por lo que el riesgo era asumible implementando un sistema de control por nuestra parte donde se recordase que las páginas eran para mayores de edad y tener un banner indicando si el usuario es mayor o menor de edad.*

*Al igual que los menores no pueden (por capacidad legal), contratar un servicio de internet, ni ser responsables de lo que hagan nuestra limitación, conforme a nuestro análisis de riesgos se queda en el momento que los padres tienen un deber de vigilancia y responsabilidad sobre lo que los menores realizan. Art. 154 y 269 del Código Civil, existe una Responsabilidad In vigilando pudiendo implantar en el uso aplicaciones dirigidas específicamente a niños y launchers que impiden que el menor acceda a otro tipo de aplicaciones o alguna de las aplicaciones de control parental que ofrecen los propios desarrolladores*

*de sistemas operativos, operadores de telefonía y otras empresas, como control de tiempo de uso de dispositivos, bloqueo de acceso a aplicaciones, control de tiempo de uso por aplicación, control de actividad en redes sociales, gestión remota para padres y tutores e incluso localización GPS».*

Frente a ello, tras las comprobaciones de oficio y los periodos de prueba oportunos, se constata que el sistema de limitación de acceso a menores es técnicamente inoperante, y que tampoco *«En el caso de que se trate de un menor de edad de menos de 14 años, en los términos recogidos en la política de privacidad, no se requiere consentimiento de quien ostente la patria potestad o la tutela del menor»*. Por ello, entre el elenco de infracciones sancionadas en el citado procedimiento, la autoridad de control decidió imponer a la reclamada una sanción de 30.000€ por incumplimiento de las obligaciones del responsable del tratamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 RGPD, ya tratado en este trabajo, y tipificado en el artículo 84.4.a del RGPD<sup>26</sup>.

Sin embargo, en la jurisprudencia se pueden vislumbrar también visos de responsabilidad sobre los padres sobre el uso que hacen sus hijos de los dispositivos electrónicos que ponen a su disposición. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa nº 139/2016, de 27 de mayo<sup>27</sup>, se afea a un progenitor que no haya extremado las precauciones en el control de su hija menor de trece años pues:

*«debió extremar las precauciones a adoptar en el control de la misma, en concreto en lo que hace referencia al control de los aparatos y dispositivos electrónicos y tecnológicos de que disponía, y que sin duda alguna le habían sido proporcionados o puestos a su disposición por el (...) y sin embargo ninguna precaución ha acreditado que adoptara en el momento de hacerle entrega de los citados aparatos, ninguna pauta consta que le hubiera impuesto con relación a los mismos, antes de los hechos que nos ocupa, ningún control consta que ejerciera sobre ella a ese respecto, y*

---

<sup>26</sup> Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, expediente PS-00555-2021, fundamento decimooctavo.

<sup>27</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, nº 139/2016, de 27 de mayo de 2016, recurso nº 2369/2015, ECLI:ES:APSS:2016:388, ponente Yolanda Domeño Nieto, FJ. cuarto.

*ninguna actividad consta que desplegara en relación a la misma, encaminada a vigilar ese uso que hacía de tales aparatos y a asegurarse de que el mismo era correcto, lo que motivó que la menor pudiera acceder a las redes de comunicación que le ofrecía internet».*

### III. CONCLUSIONES

Sin duda, la problemática actual en cuanto a la protección jurídica del menor en el uso de redes sociales pivota necesariamente sobre el eje del consentimiento.

La difícil determinación en cuanto a la adecuación del contenido ofrecido por las diferentes redes sociales en relación con el grado madurativo del menor, hacen que la imposición de una edad frontera concreta para la prestación del consentimiento sea una medida eficaz desde el ámbito jurídico, especialmente en su vertiente armonizadora. Corresponderá a otras disciplinas científicas el estudio acerca de la correspondencia general entre el grado madurativo y esa edad elegida por el legislador. Y será el legislador el que deba tener en cuenta sus conclusiones a la hora de mantener o actualizar esa edad frontera.

Pero, dejando a un lado las variables madurativas y sociales, lo que parece desprenderse de una manera clara es la falta de verificación sobre el usuario de redes sociales, al objeto de determinar su edad. La instalación de barreras de entrada a una red social, limitando así el número de usuarios que puedan acceder a ella, es algo que manifiestamente confronta la intención expansionista de cualquier red social. Cuantos más usuarios, mejor. Por ello, nace un natural conflicto en el seno de la red social, y es que la responsabilidad proactiva<sup>28</sup>, que debe inspirar todo tratamiento de los datos personales, obliga al responsable del tratamiento a la implantación de las medidas técnicas y organizativas<sup>29</sup> necesarias para un adecuado cumplimiento normativo en la materia.

---

<sup>28</sup> Art. 5.2 RGPD.

<sup>29</sup> Arts. 24 y 25 RGPD.

Como ya se hizo a la hora de controlar el contenido difundido<sup>30</sup>, deberán los desarrolladores de las diferentes aplicaciones diseñar<sup>31</sup> las mismas desde el respeto a la protección de datos de los menores, especialmente en cuanto a la prestación de un consentimiento válido e informado, que será extensible a sus padres o tutores cuando el menor se encuentre por debajo de la edad frontera establecida por el legislador.

En cuanto a las autoridades de control, será fundamental su papel activo en la verificación y el control de las redes operantes en su territorio, al objeto iniciar cuantas actuaciones correctoras sean necesarias para el respeto a los derechos de los menores de edad. Y es que estas autoridades deberán valorar adecuadamente el beneficio obtenido las redes sociales con el acceso de menores a su contenido, pues la cuantificación de las posibles sanciones se antoja capital, al objeto de devolver la balanza del apetito de riesgo de las empresas titulares hacia el lado del cumplimiento con la normativa sectorial de protección de datos.

También deberán las autoridades de control y agencias competentes, en colaboración con los poderes estatales, profundizar en la formación y concienciación de la población en general sobre los riesgos inherentes a la utilización de aplicaciones de uso tan frecuente como las redes sociales. Menores, padres o tutores y cualquier operador docente, deben alcanzar un mínimo conocimiento en materia de protección de datos. Ello, sin duda les dotará de las herramientas necesarias para mantener un nivel adecuado de protección de su intimidad, detectando situaciones de riesgo que, hasta ahora, parecen pasar desapercibidas para la población en general. Además, les permitirá exigir de los diferentes responsables del tratamiento el respeto necesario y las medidas de protección correspondientes e incluso, llegado el caso de una posible vulneración,

---

<sup>30</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús, “La protección del honor de los menores en las redes sociales”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 14, Wolters Kluwer, 2017, dice: «Así, las redes han habilitado medios y procedimientos que permiten a los usuarios afectados contactar con la red para poner en su conocimiento las circunstancias de la agresión, lo que constituye un medio adecuado de propiciar el conocimiento efectivo que exige la norma. No obstante, algunas redes han ido más allá de lo anterior, al establecer dispositivos de vigilancia que permiten, en caso de acoso a un usuario de la red por parte de otros, limitar tales mensajes e, incluso, bloquear la cuenta temporalmente o de manera definitiva. Por lo tanto, el estado de la técnica parece facilitar el cumplimiento de un deber de supervisión que, hace unos años, se antojaba una imposición insoportable para los responsables de las redes».

<sup>31</sup> Es el concepto informador de la normativa de protección de datos conocido como «privacidad desde el diseño» (*Privacy by Design*), recogido positivamente en el artículo 25 del RGPD.

la exigencia de la correspondiente indemnización por los daños causados, tal y como habilita el artículo 82 RGPD<sup>32</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AUTORITEIT PERSOONSERGEVENS vs TikTok, *Decision to impose an administrative fine*, 9 Abril de 2021.

BLASCO IGUAL, María Clara, “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 35, Barcelona, 2015.

CORDERO CUTILLAS, Iciar, “Responsabilidad de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en las redes sociales”, en ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (coord.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DÍAZ, Jesús, “Redes sociales: Incumplimiento sistemático de los controles técnicos versus vulneración reiterada de los derechos del menor”, *Diario La Ley*, nº 9326, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2018.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (GDPR), Provvedimento del 22 gennaio 2021 [9524194].

GIL MEMBRADO, Cristina, “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 13, Wolters kluwer, 2017.

GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, “Autonomía de la voluntad: ejercicio del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen por el menor”, *La Ley Derecho de Familia*, *La Ley 18/15*, nº 5, 2015.

---

<sup>32</sup> Art. 82.1 RGPD: «Derecho a indemnización y responsabilidad. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos».

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, News, 26 September 2022.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús, “La protección del honor de los menores en las redes sociales”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 14, Wolters Kluwer, 2017.

NAVARRO ORTEGA, Arsenio, DURÁN RUIZ, Francisco Javier, “La protección Jurídico-Administrativa del menor y frente al menor en redes sociales y servicios de mensajería instantánea”, en DURÁN RUIZ, Francisco Javier (coord.), *Desafíos de la Protección de Menores en la Sociedad Digital. Internet, redes sociales y comunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

JUSTE, Marta, “¿Cómo controlan las redes el acceso de menores?”, *diario Expansión*, Madrid, 19 de marzo de 2021.

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, expediente PS-00555-2021.

Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 37/2011, de 28 de marzo, «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:37.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1991, ECLI:ES:TS:1991:16093, ponente Pedro González Poveda.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, nº 139/2016, de 27 de mayo de 2016, recurso nº 2369/2015, ECLI:ES:APSS:2016:388, ponente Yolanda Domeño Nieto.

VELÁSICO SÁNCHEZ, José Carlos, FUESTER-FABRA TOAPANTA, Juan Ignacio, “La sobreexposición de los menores en redes sociales. Patria potestad vs. Derecho a la Intimidad del Menor”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 34, Wolters Kluwer, 2022.



## CAPÍTULO XVI

# La Observación General N° 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital. La protección de los nuevos derechos

*María Verónica Ojeda*

*Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
(ARGENTINA)*

*Bettina Pancino*

*Defensoría General de la Nación (ARGENTINA)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL NIÑO FRENTE A LA VENTANA DE VULNERABILIDAD. III. NUEVOS ROLES. 1. Estado. 2. Sociedad Civil. 3. Familia 4. Empresa. A. *El manejo de los datos por parte de las empresas*. IV. LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES. V. QUÉ LEYES LOS AMPARAN. VI. IMPRESIONES FINALES. VII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta Comunicación es acercarles una valiosísima herramienta jurídica para los tiempos que corren. Se trata de la Observación General N°25 elaborada por el Comité de los Derechos del Niño (el Comité) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), órgano encargado de supervisar la aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Su creación fue prevista en el art. 43° inc. 1 de la CDN.

Entendemos que esta Observación General (OG) es un instrumento guía para la Interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la era de la digitalización, pues, el entorno digital se encuentra omnipresente en la sociedad actual; atraviesa la vida cotidiana de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) en todos sus ámbitos: social, lúdico, educativo, cultural y político. Es un universo amplio y complejo que evoluciona rápidamente e involucra muchas tecnologías interconectadas. Este aceleramiento, sin embargo, no implica que se encuentren resueltas todas las cuestiones ligadas a ese mundo. Por este motivo estamos convencidas que el documento en análisis servirá para superar algunos obstáculos o conflictos suscitados a partir del uso del entorno digital y los NNyA,

Es para destacar que se trata de un documento que recepta uno de los derechos paradigmáticos en materia de derechos de los NNyA; esto es “el derecho a ser oído”. Para su elaboración, la Universidad de Western Sydney y 27 ONGs asociadas del mundo<sup>2</sup>, atendieron a los temas y cuestiones que los preocupaban en mayor medida<sup>3</sup>, convirtiéndose en la primer OG realizada con esta modalidad.

La elaboración de la OG N° 25, surge de la intersección del modo de uso de la tecnología y su colisión con los derechos humanos de los NNyA.

Somos conscientes que la era digital trae consigo nuevos desafíos que impactan en el centro del ordenamiento jurídico y obligan a configurar nuevos mecanismos de protección de derechos. La realidad cotidiana es interpelada sin pausa por el avance de la digitalización, lo que requiere de mecanismos y acciones jurídicas adecuadas y oportunas. El entorno digital abarca una amplia gama de circunstancias y contextos interrelacionados en la vida de los NNyA; por eso es

---

<sup>2</sup> Talleres cara a cara de 3 a 5 horas con niños en sus entornos locales Los temas clave aquellos que los niños tenían más ganas de hablar. Acceso a Internet como derecho, Información, Expresión, identidad y cultura, Ocio y juego, Privacidad, Función de los padres, Protección, Salud.

<sup>3</sup> Consideran el acceso a internet como un derecho, sin embargo, muchos de los consultados relataron que tenían acceso limitado o inexistente. También señalaron algunos obstáculos al acceso como género (las niñas en los países con régimen musulmán no pueden ingresar a los ciber), En los países de bajos ingresos, el costo de los dispositivos es otro impedimento al acceso a la tecnología. En el mismo sentido, carecen de la infraestructura necesaria para la utilización de dispositivos digitales (por ejemplo, falta de red eléctrica). Otras de las cuestiones que los niños, niñas o adolescentes entrevistados manifestaron se vincula a la barrera idiomática, atento que la mayoría de los programas o aplicaciones se encuentran en idioma inglés y no en la del país usuario. Los entrevistados expresaban sus quejas sobre la creciente y profusa información falsa que circula en el ciber espacio. También destacaron a la privacidad, como derecho significativo en la red social y en relación a ello, se encuentran alerta sobre la intromisión de extraños (incluso empresas o gobiernos) que pueden violar su privacidad.

que todos los derechos humanos que son protegidos offline también deben estarlo online.

Este escenario nos llevó a reflexionar acerca de los estándares normativos actuales, a la necesidad de construir nuevos que incluyan o excluyan roles y actores del paradigma digital. En esta lógica, nos preguntamos:

- ¿Es anticuada la Convención de Derechos del “Niño digital”?
- ¿Emergen nuevos derechos?
- ¿Cuál es el rol de la empresa?
- ¿Hasta dónde llega el Estado?
- ¿Qué deben hacer padres, maestros, adultos responsables frente al avance de la tecnología?
- ¿De qué manera juega el interés superior del niño?
- ¿Es suficiente la legislación vigente?

## **II. EL NIÑO FRENTE A LA VENTANA DE VULNERABILIDAD**

La OG N° 25 propone una amplia gama de medidas preventivas<sup>4</sup> -legislativas, administrativas-, a fin de crear oportunidades para hacer efectivos los derechos de los NNyA y asegurar su protección en el entorno digital. Vale destacar las menciones específicas que involucran al sector empresarial.

En el informe de UNICEF sobre Estado Mundial de la Infancia 2017<sup>5</sup>, se revela que los jóvenes de quince a veinticuatro años son el grupo de edad más conectado. En todo el mundo, el 71% está en línea, en comparación con el 48% de la población total. Se afirma que los teléfonos inteligentes están alimentando una

---

<sup>4</sup> Y así lo expresa en sus objetivos “... 7. *En la presente observación general, el Comité explica la forma en que los Estados partes deben aplicar la Convención en relación con el entorno digital y ofrece orientación sobre las medidas legislativas, normativas y de otra índole pertinentes destinadas a garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y sus Protocolos Facultativos, habida cuenta de las oportunidades, los riesgos y los desafíos que plantean la promoción, el respeto, la protección y el ejercicio efectivo de todos los derechos de los niños en el entorno digital.*”

<sup>5</sup> UNICEF, Informe “El Estado Mundial de la Infancia 2017: los niños en un mundo digital”, diciembre 2017, disponible en <https://www.unicef.org/es/informes/El-Estado-Mundial-de-la-Infancia-2017>.

“cultura del dormitorio”, y para muchos el acceso en línea es cada vez más personal, tiene un carácter más privado y está menos supervisado.

La OG N° 25 destaca el rol preponderante del sector privado, en particular las empresas que proveen diferentes herramientas y servicios tecnológicos. Las grandes empresas son parte de las tensiones actuales por su carácter monopólico y el elevado poder fáctico que ostentan, y que muchas veces dejan en jaque a los estados nacionales; particularmente de los países en vía de desarrollo y menos desarrollados<sup>6</sup>.

Hoy nos encontramos frente a un modelo de NNyA que habita este espacio de comunicación digital con absoluta comodidad, utiliza un nuevo lenguaje, un nuevo modo de interactuar con el otro y conciencia de un nuevo sentido de la permanencia. Al respecto, un alto porcentaje de NNyA comprende que todo lo que “se sube” al espacio digital permanece para siempre.

Advertimos que esta generación de NNyA no concibe la vida sin “lo digital”; que se ha resignificado el sentido de “lo privado”, y ha desaparecido tal y como lo conocíamos generaciones previas.

Reconocer la aceleración del uso de dispositivos digitales –profundizado por la Pandemia de Covid-19-, implica suscribir que los NNyA de la actualidad y futuros, se encuentran expuestos a una ventana de vulnerabilidad que exige nuevos y mejores modos de protección de sus derechos.

Debemos considerar que los NNyA en su rol de consumidores, son un caso único y singular de “consumidores hipervulnerables” porque, a la vulnerabilidad de ser niño se suma el de ser consumidor, que implica un doble estándar de protección: el *favor minoris* y el principio protectorio de los consumidores.

Entendemos que los NNyA son actores claves en las relaciones de consumo. Desde pequeños son destinatarios de publicidades y de las más diversas prácticas, y participan cada vez más crecientemente en el mercado de consumo - ya sea

---

<sup>6</sup> Vid. MILANES, Valeria, “Observación General No 25 (CDN) - Un hito necesario para la convergencia efectiva de los derechos de la niñez y de la protección de datos personales”, *La Ley*, vol. 2021-D, 2021, pp. 108-119.

como consumidores directos o indirectos - tanto de manera presencial como crecientemente en los entornos digitales. Las redes sociales, los juegos en red, las plataformas y aplicaciones de las más diversas funcionalidades, las billeteras virtuales o la publicidad digital son escenarios transitados cada vez más por las niñas, niños y adolescentes, en especial tras las consecuencias de la pandemia del COVID-19<sup>7</sup>.

Ofrece nuevas oportunidades para hacer efectivos los derechos de los niños, aunque también plantea riesgos relacionados con su violación o abuso. Durante las consultas, los niños opinaron que el entorno digital debía apoyar, promover y proteger su participación segura y equitativa (OG N° 25, pto. 3).

### **III. NUEVOS ROLES**

Es evidente que no hay una fuerza más transformadora que la tecnología; por eso la OG N° 25 ha venido a ordenar y asignar nuevos roles -al Estado, la Sociedad Civil, los Progenitores o Cuidadores y las Empresas- para impulsar su uso con responsabilidad y dejar una huella positiva en el mundo a la vez que estos mismos actores se van transformando.

#### **1. Estado**

Al Estado, le exige adaptar la legislación a los nuevos tiempos, actualizar o crear nuevas leyes acordes a las necesidades que el paradigma digital impone. En consonancia, la elaboración de Políticas Públicas debe ser implementable, es decir, de nada sirve un decálogo de derechos o buenas prácticas que luego no sea posible ejecutar. Para ello también es preciso destinar recursos a través de la Ley de Leyes o Ley de presupuesto. También plantea la necesidad de crear mecanismos de control de esas políticas públicas, tanto en ámbito administrativo como judicial. En este último, estamos convencidas que se deben crear

---

<sup>7</sup> Vid. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Relaciones de consumo en entornos digitales con niños, niñas y adolescentes: a propósito de la Observación general núm. 25 (CDN)”, *La Ley*, vol. 2021-D, 2021, pp. 74-82.

mecanismos de exigibilidad de reparación inmediata de las consecuencias dañosas; pues los tiempos digitales también son inmediatos o, mejor dicho, a un “click” de ocasionar el daño (OGN°25, párrafo V).

Creemos que, para evitar el estado de indefensión de los NNyA en los espacios digitales y promover la restitución de derechos en su caso, se requiere la generación de “ciudadanos digitales”, sujetos plenos con derechos y obligaciones “online”.

En este aspecto, adherimos a la definición de la UNESCO: “la ciudadanía digital es un conjunto de competencias que faculta a los ciudadanos a acceder, recuperar, comprender, evaluar y utilizar, tanto para crear, como así también para compartir información y contenidos de los medios en todos los formatos, utilizando diversas herramientas, de manera crítica, ética y eficaz con el fin de participar y comprometerse en actividades personales, profesionales y sociales”<sup>8</sup>.

## **2. Sociedad Civil**

La Observación en estudio, propone que todos los actores interactúen fluidamente en la misión de proteger los derechos de los NNyA.

De tal modo es que le pide a los Estados parte, exhortar a las organizaciones de la Sociedad Civil a participar en la elaboración, aplicación, vigilancia y evaluación de leyes, políticas, planes y programas relativos a los derechos de los niños. En esa lógica, admite a todo tipo de grupos y organizaciones no gubernamentales; sean los dirigidos por NNyA, por ej. centros de estudiantes, o trabajen en el ámbito de los derechos humanos del niño; así como las que se ocupan del entorno digital. Asimismo, para lograr este objetivo, la OG N° 25 pide a los Estados parte asegurar las condiciones óptimas de funcionamiento de esas organizaciones (OG N° 25 Párr. H. 35).

---

<sup>8</sup> UNESCO Bangkok, “Fostering Digital Citizenship through Safe and Responsible Use of ICT: A Review of Current Status in Asia and the Pacific as of December 2014”, Bangkok, 2015, Disponible en: [http://www.unescobkk.org/fileadmin/user\\_upload/ict/SRU-ICT/SRU-ICT\\_mapping\\_report\\_2014.pdf](http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/ict/SRU-ICT/SRU-ICT_mapping_report_2014.pdf)

### 3. Familia

En relación con el núcleo familiar y cuidadores, el Comité recomienda fundamentalmente que adquieran los conocimientos y las habilidades necesarias para preparar y coadyuvar a sus hijos en la exigencia y respeto de sus derechos (OG N° 25 Párr. VIII). Con igual énfasis solicita a los Estados parte promover su concienciación en cuanto al respeto a la vida privada de los NNyA acorde a su etapa evolutiva.

### 4. Empresa.

Por último, a las Empresas, les exige fundamentalmente respetar los derechos de NNyA en distintas etapas de sus actividades (comercialización-publicidad-venta) e implementar medidas de seguridad en cuanto al tráfico de datos<sup>9</sup> y perfiles (OG N° 25 Párr. I). Al respecto, el Comité requiere que se efectúe un uso responsable de los datos, es decir que se utilicen únicamente para aquellos fines que se han solicitado. En particular, el documento transcribe la voz de los niños en el punto 1.3: *“Nos gustaría que el gobierno, las empresas de tecnología y los maestros nos ayudaran a gestionar la información no fiable en línea.”*; *“Me gustaría conocer mejor lo que ocurre realmente con mis datos... ¿Por qué y de qué forma se reúnen?”*; *“Me... preocupa que se difundan mis datos”*.

Párrafo aparte merece la actividad de los niños *Influencer* o *Kidfluencers* y su relación con las empresas. Entendemos que esta práctica en el espacio digital es compatible con el trabajo infantil y por lo tanto debe estar encuadrado dentro de las protecciones del derecho laboral a fin de evitar la explotación de NNyA en la

---

<sup>9</sup> OG N°25 73. Los datos personales de los niños deben ser accesibles únicamente para las autoridades, organizaciones y personas encargadas por ley de procesarlos de conformidad con las debidas garantías, como auditorías periódicas y medidas de rendición de cuentas. Los datos de niños que se reúnan para fines definidos, en cualquier entorno, incluidos los antecedentes penales digitalizados, deben estar protegidos y utilizarse exclusivamente para esos fines y no deben conservarse de forma ilegal o innecesaria ni usarse con otra finalidad. Cuando la información se proporciona en un entorno y podría beneficiar legítimamente al niño mediante su utilización en un entorno diferente, por ejemplo, en el contexto de la escolarización y la educación superior, la utilización de esos datos debe ser transparente, responsable y estar sujeta al consentimiento del niño, los padres o los cuidadores, según proceda.

red, por parte de empresas y adultos responsables que encuentran en esta actividad un ingreso familiar importante.

Es sabido que en la actualidad el entorno digital posee un carácter transfronterizo y transnacional; es decir, un sujeto ubicado en un determinado país puede cometer un delito que afecta a un usuario radicado en otro y a su vez realizarlo con tecnología o plataforma de una empresa situada en un tercer país. Esto implica que es imprescindible una fuerte cooperación de todos los Estados Parte para garantizar que los usuarios - incluidos los Estados, las empresas y otros agentes- respeten, protejan y hagan efectivos los derechos de los niños en relación con el entorno digital.

#### ***A. El manejo de datos por parte de las empresas.***

El tsunami de las TICs (tecnologías de la información y comunicación) implicó nuevos conflictos, nuevas vulneraciones y nuevas tensiones que colisionaron con los derechos humanos de los niños, la ética y los intereses de las empresas. Vale la pena señalar el uso de la Inteligencia Artificial (IA), que cada vez más y de manera imperceptible, es parte de nuestra vida cotidiana (por ejemplo, información académica, una ecografía de un niño por nacer ya generan datos que le pertenecen). El avance tecnológico también trae consigo sesgos producidos por los algoritmos y perfiles que pueden perjudicar a los más vulnerables; desde diagnósticos médicos hasta en vigilancia masiva están presentes los algoritmos, cuyos sesgos amenazan con generar o profundizar vulneraciones de derechos<sup>10</sup>.

En particular, puede verse afectado el ámbito de la justicia penal juvenil al elaborarse perfiles de adolescentes. La Observación General N° 25 refiere al respecto:

---

<sup>10</sup> Al respecto, recomendamos el film “Prejuicio Cifrado” donde Joy Buolamwini, una científica informática, descubrió que su cara no era reconocida por un sistema de reconocimiento facial mientras desarrollaba aplicaciones en un laboratorio del departamento de ciencia de la computación de su universidad. En este contexto, se ha comprobado que la IA usada en casos que se relacionan con complejidades sociales reproduce y amplifica las injusticias. Este es el caso de sistemas que predicen delitos y que en muchas ocasiones asocian delincuencia con racismo policial histórico.

*Punto 73. Los datos personales de los niños deben ser accesibles únicamente para las autoridades, organizaciones y personas encargadas por ley de procesarlos de conformidad con las debidas garantías, como auditorías periódicas y medidas de rendición de cuentas.*

*Los datos de niños que se reúnan para fines definidos, en cualquier entorno, incluidos los antecedentes penales digitalizados, deben estar protegidos y utilizarse exclusivamente para esos fines y no deben conservarse de forma ilegal o innecesaria ni usarse con otra finalidad.*

En definitiva, la OG N° 25, nos invita a hacer foco en el uso responsable de los datos para construir una inteligencia artificial más justa.<sup>11</sup>

#### **IV. LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES<sup>12</sup>**

Dijimos que la exposición de los NNyA a la tecnología y el entorno digital conlleva nuevos conflictos e intereses y, en consecuencia, nuevos derechos a defender.

La Observación General en estudio nos propone un desafío y el compromiso de reconocer al niño en su condición de sujeto de derecho; lo cual implica asumir que su opinión tiene relevancia jurídica, que el principio de interés superior de la

---

<sup>11</sup> OG N° 25: J. Publicidad comercial y comercialización 40. El entorno digital abarca empresas que dependen económicamente del procesamiento de datos personales para orientar los contenidos generadores de ingresos o de pago, y esos procesos afectan de manera tanto intencional como no intencional las experiencias digitales de los niños. Muchos de esos procesos entrañan la participación de múltiples socios comerciales, lo que crea una cadena de suministro de actividades comerciales y de procesamiento de datos personales que puede dar lugar a violaciones o vulneraciones de los derechos de los niños, por ejemplo como resultado de características de diseño publicitario que anticipan las acciones del niño y lo guían hacia la búsqueda de contenidos más extremos, de notificaciones automatizadas que pueden interrumpir el sueño o del uso de la información personal o la ubicación de un niño para transmitir contenidos potencialmente nocivos con fines comerciales.

OG N° 25 punto. 63. Los Estados partes deben velar por que los niños no sean penalizados por su religión o sus creencias y no se restrinjan sus oportunidades futuras de ningún otro modo.

<sup>12</sup> OG N° 25 III. Principios generales Los cuatro principios descritos a continuación proporcionan una lente a través de la que debe considerarse el ejercicio de todos los demás derechos previstos en la Convención. Deben servir de guía a la hora de determinar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos de los niños en relación con el entorno digital. A No discriminación; B. Interés superior del niño; C. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; D. Respeto de las opiniones del niño.

CDN es guía en toda cuestión que lo afecta y que la capacidad progresiva impacta en el goce de sus derechos y responsabilidades.

Se trata de una cosmovisión que supone no considerar a la niñez como un momento cuyo único valor es “estar preparándose”, o “estar esperando, para ser adulto”. La infancia y la adolescencia son momentos y escenarios de la vida válidos en sí mismo; son presente, y les corresponde hoy ejercer sus derechos y ser protegidos<sup>13</sup>.

Dijimos también que ser ciudadano digital importa comprender que en la web se encuentran vigentes los mismos derechos y obligaciones que fuera de ella. Bajo esta clave es necesario saber que compromete a todo el plexo normativo protectorio de los derechos humanos: las Convenciones, las Opiniones Consultivas, las Observaciones Generales, Resoluciones, las Sentencias de los organismos internacionales y la Doctrina.

En este punto es conveniente considerar la Resolución de las Naciones Unidas referida a la protección de los derechos humanos en internet<sup>14</sup> atento que el Consejo de Derechos Humanos en ese documento reconoce que los mismos derechos que las personas tienen en el mundo offline deben ser protegidos en internet. Allí se habla de una herramienta para la promoción del derecho a la educación, y también el acceso para reducir brechas digitales, la toma de medidas apropiadas para incluir a las personas con discapacidades, y atender a las preocupaciones sobre seguridad y privacidad en internet.

Ahora bien, ¿cuáles son estos nuevos derechos digitales?

Adherimos para comenzar, a los estipulados como prioritarios desde el *Decálogo de los e-derechos*<sup>15</sup> para niños y niñas establecidos por UNICEF, teniendo en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño:

---

<sup>13</sup> RICO, María Nieves, “Protección social y derechos de la infancia”, en *Políticas públicas para la igualdad: hacia sistemas de protección social universal*, CEPAL, Santiago, 2014, pp. 69-74.

<sup>14</sup> Disponible en [https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_32\\_L20.pdf](https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf)

<sup>15</sup> Disponible en: <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD27/datos/decalogo-derechos-infancia-internet.html>. Versión original disponible en: [http://www.unicef.org/lac/LosderechosdeLaInfancia\\_eradeinternet.pdf](http://www.unicef.org/lac/LosderechosdeLaInfancia_eradeinternet.pdf).

**Derecho al acceso a la información y la tecnología**, sin discriminación por motivo de sexo, edad, recursos económicos, nacionalidad, etnia, lugar de residencia, etc. En especial este derecho al acceso se aplicará a los niños y niñas discapacitados.

**Derecho a la libre expresión y asociación**. A buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo por medio de la Red. Estos derechos solo podrán ser restringidos para garantizar la protección de los niños y niñas de informaciones y materiales perjudiciales para su bienestar, desarrollo e integridad; y para garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad, los derechos y la reputación de otras personas.

**Derecho de los niños y niñas a ser consultados y a dar su opinión** cuando se apliquen leyes o normas a internet que los afecten, como restricciones de contenidos, lucha contra los abusos, limitaciones de acceso, etcétera.

**Derecho a la protección** contra la explotación, el comercio ilegal, los abusos y la violencia de todo tipo que se produzcan utilizando internet. Los niños y niñas tendrán el derecho de utilizar internet para protegerse de esos abusos, para dar a conocer y defender sus derechos.

**Derecho al desarrollo personal y a la educación**, y a todas las oportunidades que las nuevas tecnologías como internet puedan aportar para mejorar su formación. Los contenidos educativos dirigidos a niños y niñas deben ser adecuados para ellos y promover su bienestar, desarrollar sus capacidades, inculcar el respeto a los derechos humanos y al medio ambiente y prepararlos para ser ciudadanos responsables en una sociedad libre.

**Derecho a la intimidad** de las comunicaciones por medios electrónicos. Derecho a no proporcionar datos personales por la Red, a preservar su identidad y su imagen de posibles usos ilícitos.

**Derecho al esparcimiento**, al ocio, a la diversión y al juego, también mediante internet y otras nuevas tecnologías. Derecho a que los juegos y las propuestas de ocio en internet no contengan violencia gratuita, ni mensajes racistas, sexistas o

denigrantes y respeten los derechos y la imagen de los niños y niñas y otras personas.

**Los padres y madres tendrán el derecho y la responsabilidad de orientar, educar y acordar** con sus hijos e hijas un uso responsable de internet: establecer tiempos de utilización, páginas que no se deben visitar o información que no deben proporcionar para protegerlos de mensajes y situaciones peligrosas, etcétera. Para ello los padres y madres también deben poder formarse en el uso de internet e informarse de sus contenidos.

**Los gobiernos de los países desarrollados deben comprometerse a cooperar con otros países** para facilitar el acceso de estos y sus ciudadanos, y en especial de los niños y niñas, a internet y otras tecnologías de la información para promover su desarrollo y evitar la creación de una nueva barrera entre los países ricos y los pobres.

**Derecho a beneficiarse y a utilizar en su favor las nuevas tecnologías** para avanzar hacia un mundo más saludable, más pacífico, más solidario, más justo y más respetuoso con el medio ambiente, en el que se respeten los derechos de todos los niños y niñas.

Consideramos que también son derechos exigibles en el entorno digital:

**Derecho al olvido** de aquel contenido que desean desindexar de la web, sea por ser víctimas de acoso o haber perdido interés.

**Derechos laborales de los NNyA Influencers**, en razón de realizar una actividad productiva, con horas de exposición, producción de contenido, acatamiento de pautas establecidas por las empresas, etc.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Vid. Ley Francesa n° 2020-1266, de 19 de octubre de 2020, sobre la explotación comercial de la imagen de menores de dieciséis años en las plataformas en línea como la pionera en legislar sobre el tema. Legislación disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000042439054/2021-04-20/?isSuggest=true>

**Derecho a generar su propia huella digital.** Este derecho se halla vinculado al uso que se hace de su imagen por sujetos que no son ellos mismos (padres, cuidadores, instituciones escolares, clubes, revistas, etc.)

**Derecho a una imagen digital autentica.** En este sentido, los NNyA tienen derecho a que la imagen que es subida a las plataformas digitales se realice sin la utilización de filtros que la intervengan o alteren.

**Derechos a la temporalidad de las publicaciones.** A partir del uso indiscriminado de las redes, como ya dijimos, se resignifica el sentido de la permanencia. Si bien este universo de la población comprende que todo aquello que se sube al espacio digital es para siempre, entendemos que esa “atemporalidad” de algún modo perpetúa el riesgo de ser víctimas de otros delitos propios del ciber espacio.

## **V. ¿QUÉ LEYES LOS AMPARAN?**

En Argentina existen una serie de leyes que se ocupan de legislar sobre determinados sucesos específicos que ocurren en internet, a saber:

- Ley n° 26.388 de ciberdelitos, del año 2008: conocida como “Ley de delitos informáticos”, modificó el Código Penal. Agregó los delitos de distribución y tenencia de pornografía infantil por cualquier medio (art. 128); interceptar comunicaciones y sistemas informáticos (art. 153); el acceso no autorizado a un sistema informático (art. 153 bis); la publicación de correspondencia o comunicaciones electrónicas privadas (art. 155); y el acceso a bancos de datos personales (art.157 bis), entre otros.
- Ley n° 26.904: incorpora el artículo 131 al Código Penal y la figura de groomingo ciberacososexual que pena con prisión de 6 meses a 4 años a quien, a través de las TIC, contactare a una persona menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad física de la misma.
- Ley n° 25.326 de protección de datos personales, junto con el artículo 43 de la Constitución Nacional (habeas data), protege la información personal de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o

determinables, y explicita la confidencialidad del responsable del tratamiento de los mismos (incluyendo la protección de la privacidad e intimidad en internet).

## VI. IMPRESIONES FINALES

A partir del documento en análisis, es posible llegar a algunas impresiones sobre cuál es el mundo digital que los niños, niñas y adolescentes desean.

- Quieren un mundo digital más privado, protector y transparente.

En una era donde el derecho a la privacidad o la reputación aparecen más permeables, donde la discriminación por género o imagen dejan al sujeto en estado de indefensión, o donde el acoso digital se encuentra a la orden del día, los NNyA como sujetos de derecho exigen a los Estados parte, una protección integral de su experiencia en línea.

- Buscan un espacio adaptado a la edad, que permita desarrollar sus intereses, relaciones y oportunidades.

Prima facie, se estimaría que el desarrollo acelerado de la actividad digital, el acceso ilimitado e irrestricto al contenido –más allá de las desigualdades- irían de la mano con la optimización de las potencialidades de las TICS. Sin embargo, los relatos de los NNyA encuestados para la elaboración de la OG N° 25, dan cuenta de las falencias que aun debemos corregir los adultos.

En orden a ello, la OG N° 25 pide respetar los tiempos de los niños y adolescentes en la adquisición de conocimientos y habilidades de las herramientas digitales. La progresividad en el manejo de la información y la capacidad para comprender debe ser incorporada en el entorno digital. De alguna forma esto se refleja en el establecimiento de edades mínimas en algunas plataformas.

Enfatiza la OG N° 25: *“IV. Evolución de las facultades 19. Los Estados partes deben respetar la evolución de las facultades del niño como un principio habilitador que determina su proceso de adquisición gradual de competencias, comprensión y autonomía....”*.

- Están decididos a que los padres, los gobiernos y las empresas comerciales respeten sus derechos.

Al respecto, el Comité ha dejado claro en varios de sus párrafos, que el uso de los datos vinculados a este universo de la población debe desarrollarse en un ámbito seguro. El sesgo de los algoritmos se puede encontrar en todos lados, tanto en los resultados de motores de búsqueda como en las redes sociales. En particular preocupa aquellos que permiten rastrear o controlar datos relativos a los derechos a la intimidad, libertad de reunión pacífica, asociación, libertad de expresión, libertad de movimiento.

- Acceso a información veraz y en idioma que los niños entiendan.

Entre las dificultades de la navegación por el entorno digital, se halla la proliferación de información falsa o *fake news*, que puede hacerlos víctimas de estafas (por ejemplo, ingreso a carreras, viajes, trabajos inexistente, becas, por los que se requiere un pago previo). Consciente de ello, UNICEF, RED/ACCIÓN, Sociopúblico y Google News Initiative presentan un juego online, llamado *Verdadero / Falso*: para que los chicos y las chicas pongan a prueba su capacidad de detectar la desinformación sobre coronavirus y cuenten con herramientas para enfrentarlas y evitar su propagación<sup>17</sup>.

- Quieren trascender las fronteras territoriales.

Los niños, niñas y jóvenes encuestados entienden que las TICS son la oportunidad para llegar a otras culturas y espacios donde antes se requería la presencialidad. Lo digital permite trascender lo físico, es sinónimo de intercambio de opiniones, conocimientos, ideas con jóvenes de los más distantes lugares del planeta. De hecho, se ha desarrollado un lenguaje nuevo, el “chat” con códigos singulares que permite la comunicación fluida entre ellos.

- Desean protección contra la violencia, los contenidos inapropiados.

---

<sup>17</sup> UNICEF, “Verdadero / falso: el juego online para que los y las adolescentes aprendan a detectar la desinformación”, publicado el 28 de septiembre de 2020 en <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/verdadero-falso>

El universo de “lo digital” atraviesa a los NNYA como víctimas y victimarios, es un espacio donde niñas y niños no solo sufren situaciones de abuso sino que también cometen actos ofensivos contra sus pares (*cyberbullying*) en varias formas de hostigamiento, viralización de imágenes e información privada (*sexting*), suplantación de identidad, entre otra <sup>18</sup> . ¿Están los niños emocionalmente preparados para esto? Es deber del Estado promover mecanismos de seguridad que los resguarden de cualquier actividad que represente un menoscabo en su salud mental.

*“Si bien el Internet es una fuente importante de información y aprendizaje, también es utilizado como un arma poderosa para el acoso sistemático entre pares, porque es muy fácil adoptar un nombre o identidad ficticia para enviar mensajes agresivos y humillantes, alimentados, la mayoría de las veces, por sentimientos homófobos, xenófobos o debidos a otro tipo de discriminación”<sup>19</sup>.*

- Quieren transparencia, para reducir los riesgos y delitos a los que se exponen a través de esta ventana de vulnerabilidad digital.

La tecnología digital y los sistemas desarrollados por ella debe ser totalmente transparentes, tanto el sector privado empresarial, como el público del Estado (por ejemplo, los sistemas de seguridad), deben ser transparentes en su diseño e implementación; es decir difundir públicamente su uso, explicar el modo de funcionamiento. Especificar cuáles son los datos que se utilizan, así como las medidas utilizadas para evitar vulneraciones de derechos.

## VII. CONCLUSIÓN

El entorno digital a través de las nuevas tecnologías ya forma parte de la vida cotidiana de los NNYA desde temprana edad. Los enfrenta a desafíos constantes,

---

<sup>18</sup> Vid. CEREZO RAMÍREZ, Fuentesanta, “Bullying a través de las TIC”, *Boletín Científico Sapiens Research*, vol. 2, n° 2, 2012, pp. 24-29.

<sup>19</sup> ELJACH, Sonia, “Violencia escolar en América Latina y el Caribe: Superficie y fondo”, UNICEF, Ciudad de Panamá, 2011, p. 44. Disponible en [https://www.unicef.org/costarica/sites/unicef.org.costarica/files/2020-02/cr\\_pub\\_Violencia\\_escolar\\_America\\_Latina\\_y\\_Caribe.pdf](https://www.unicef.org/costarica/sites/unicef.org.costarica/files/2020-02/cr_pub_Violencia_escolar_America_Latina_y_Caribe.pdf)

no solo en cuanto al desarrollo de habilidades digitales, sino que los abre al intercambio de conocimientos, a generar otra forma de participación como ciudadanos digitales haciendo de nexo a voces que antes eran ignoradas, les incentiva la creatividad, entre otros beneficios.

En este escenario, el Comité con la Convención sobre los Derechos del Niño como telón de fondo, honró el derecho a ser oído, he hizo letra su opinión en la Observación General N° 25.

El documento invita a reflexionar sobre el entorno digital con perspectiva de derecho, a poner en agenda de los Estados la construcción de políticas públicas serias, facilitando a los NNyA un entorno seguro donde poder desarrollar sus potencialidades.

Recomienda a los Estados parte, las empresas, las familias y la sociedad civil, armonizar esfuerzos, recursos, mejorar prácticas y tecnología a fin de maximizar los beneficios de estar en línea para crear y dar forma a un mundo digital con mejores estándares normativos.

La experiencia en línea tiene tiempos inmediatos, exigen de los usuarios estar presentes, producir contenido visual que capte la atención de sus pares en las redes (Instagram, Tic Tok, etc), Es decir, todo el bagaje positivo que implican las TICs en el mundo digital debe estar atravesado por el respeto de los niños como individuos autónomos titulares de derechos, pues la exposición excesiva altera el tiempo de los niños al juego, la interacción familiar, el tiempo de estudio. Tiene impacto en su vida física y mental (sedentarismo, afectación visual, cierta abstracción de la realidad).

Por último, queremos subrayar que la tendencia, el futuro; se encuentra en la humanización de la tecnología, en evitar que sea inconsistente con los derechos humanos de los usuarios, en este caso particular los NNyA. Como dijimos en párrafos anteriores, por su condición hipervulnerables, se debe implementar un doble estándar de protección, por ser personas en desarrollo y consumidores de tecnología.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Relaciones de consumo en entornos digitales con niños, niñas y adolescentes: a propósito de la Observación general núm. 25 (CDN)”, *La Ley*, vol. 2021-D, 2021, pp. 74-82.

CEREZO RAMÍREZ, Fuentesanta, “Bullying a través de las TIC”, *Boletín Científico Sapiens Research*, vol. 2, n° 2, 2012, pp. 24-29.

ELJACH, Sonia, “Violencia escolar en América Latina y el Caribe: Superficie y fondo”, UNICEF, Ciudad de Panamá, 2011. Disponible en [https://www.unicef.org/costarica/sites/unicef.org/costarica/files/2020-02/cr\\_pub\\_Violencia\\_escolar\\_America\\_Latina\\_y\\_Caribe.pdf](https://www.unicef.org/costarica/sites/unicef.org/costarica/files/2020-02/cr_pub_Violencia_escolar_America_Latina_y_Caribe.pdf)

MILANES, Valeria, “Observación General No 25 (CDN) - Un hito necesario para la convergencia efectiva de los derechos de la niñez y de la protección de datos personales”, *La Ley*, vol. 2021-D, 2021, pp. 108-119.

RICO, María Nieves, “Protección social y derechos de la infancia”, en *Políticas públicas para la igualdad: hacia sistemas de protección social universal*, CEPAL, Santiago, 2014, pp. 69-74.

## CAPÍTULO XVII

# La protección de los niños, niñas y adolescentes en el entorno digital. Una mirada desde el Código de las Familias de Cuba

*Iris María Méndez Trujillo*

*Universidad de Matanzas (CUBA)*

**SUMARIO: I. APUNTES INTRODUCTORIOS. II. EL SHARENTING Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN III. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL ENTORNO DIGITAL. SU TRATAMIENTO DESDE EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS CUBANO. IV. NOTAS CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. APUNTES INTRODUCTORIOS

El avance de las tecnologías y el uso indiscriminado de las redes sociales trae consigo un reto en cuanto a la protección integral de los menores de edad, en los últimos años estos acceden sin el debido control parental, ya sea porque se lo permiten sus progenitores o familiares o porque colocan imágenes de estos violentando sus derechos constitucionales.

Los menores de edad usan y abusan de las redes sociales y la falta de control de los adultos responsables de estos motiva que se conviertan en víctimas de esas circunstancias, que atentan directamente contra su intimidad y su propia imagen, siendo los máximos responsables sus progenitores que descuidan estas situaciones.

Las redes sociales están pasando por una etapa de transición donde se intenta equilibrar lo público de lo privado y los estados están obligados a regular situaciones de esta naturaleza, partiendo de la protección que la Convención de los Derechos del Niño le ofrece a los menores de edad, mientras esto no ocurra se debe apelar a la responsabilidad que los progenitores deben desarrollar para proteger los intereses de su descendencia.

Diversos países han configurado ámbitos de protección a sus ciudadanos en las plataformas digitales. Con la aprobación en Cuba de la Constitución de 2019<sup>1</sup>, se comienzan a dar pasos para el reconocimiento del contenido esencial de estos derechos, siendo usados en los escenarios digitales y el nuevo Código de las Familias abre el camino hacia la protección de los datos personales de menores de edad, dirigido al respeto de su privacidad e intimidad en el ámbito digital usando para ello la responsabilidad parental que ejercen los padres como institución garante de los intereses de sus hijos.

## **II. EL SHARENTING Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN**

La pandemia del Covid-19 incrementó desmedidamente el uso de las redes sociales, sobre todo durante los meses de confinamiento. Las redes sociales han ayudado a atenuar la separación y en la medida en que la comunicación con familiares y amigos ha sido frecuente, también han contribuido a un aumento del sharenting<sup>2</sup>.

Este término hace referencia a un fenómeno en auge: se trata de la exposición en redes sociales de todo tipo de información personal de los menores de edad,

---

<sup>1</sup> El artículo 48 de la Constitución de la República de Cuba señala que Todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal, Constitución de la República de Cuba publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5 de 10 de abril del 2019, disponible en <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf>, consultada el 15 de enero de 2023.

<sup>2</sup> La palabra anglosajona sharenting proviene de la fusión de las palabras share (compartir) y parenting (crianza). AMMERMAN YEBRA, Julia, “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 8 (bis), 2018.

especialmente fotografías y vídeos, por parte de sus progenitores, siendo frecuente encontrar alguna imagen de este tipo en las distintas plataformas digitales, lo que nos obliga a reflexionar sobre el alcance de los derechos que entran en juego en el sharenting.

GARCÍA GARCÍA referenciando a la Agencia Española de Protección de Datos ofrece una definición de redes sociales considerándolas como servicios prestados a través de Internet que consienten a los usuarios “generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”<sup>3</sup>.

El uso de las redes sociales a la vez que resuelven y facilitan la vida del hombre, abren el camino hacia la vulneración de derechos indispensables. Cada vez es más fácil acceder a la vida privada de cualquier persona, incluso; utilizarla y conservarla. Lo más preocupante de la cuestión es que muchas veces la información la facilitan los mismos usuarios, los que, en muchas ocasiones, sin pensar en las consecuencias futuras, etiquetan el lugar de la visita, muestran la comida que consumen, las mascotas que tienen, ofrecen datos de las personas más allegadas, publican su ubicación en tiempo real y e incluso informan sobre su situación sentimental.

Esta realidad va revolucionando el entorno social y coloca a los Estados es una situación de incompetencia para garantizar los derechos de los ciudadanos ante un fenómeno que avanza con velocidad superior a la actualización del ordenamiento jurídico. Todas estas circunstancias hacen que pueda llegar a verse vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar y, en especial, a la propia imagen de los menores de edad.

El derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen suelen ir unidos, protegiendo a cada persona frente a la difusión de su imagen a través de técnicas que permiten su reconocimiento fidedigno, circunstancia que supone no sólo que

---

<sup>3</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa, La protección digital del Menor: El Fenómeno del Sharenting a Examen, *Revista de Derecho UNED*, nº 27, 2021, pp. 455-492.

aparezca reproducido el rostro del sujeto, sino también aquellos rasgos que le hagan reconocible frente a los demás

El derecho a la intimidad se agrupa entre los derechos inherentes que protegen la esfera espiritual del sujeto, se agrupa en esta clasificación al proteger la moralidad de la persona. Se muestra como aquel que permite al individuo mantener alejado del conocimiento público y acción de terceros la esfera más privada de su vida, y se reconoce no solo al individuo aisladamente, sino también a su núcleo familiar, sin embargo con el avance tecnológico y el uso constante de las plataformas digitales la visión *iusinformática* de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, es una nueva visión de aquél derecho que ha sido posible por la permeabilidad y asimilación frente a los nuevos fenómenos tecnológicos y la informática.

La visión *iusinformática* del derecho a la intimidad esta compuesta por una serie de principios, valores y facultades de otros derechos que sin llegar a desvirtuarla, toman de estos sus potencialidades, por ejemplo el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, los derechos al control de la información, de oposición al tratamiento informatizado de datos personales, entre otros, todo ello de cara a revitalizar la integralidad del derecho que le sirve de base o del cual se deriva.

Ya sea en sede de informatización o no, el derecho a la intimidad le atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad que no ha consentido; abarca lo que comúnmente se denomina “vida privada” que incluye lo íntimo, lo personal, lo familiar.

El tema en cuestión está generando debate a nivel global enfocado hacia los menores de edad y cómo ha cambiado para ellos el concepto de intimidad. Al ser este, un sector de la población que requiere de una mayor protección se hace indispensable dar alternativas que garanticen un uso seguro por parte de los niños y niñas de la Internet de cara a proteger su intimidad.

Se alzan opiniones restrictivas que sugieren prohibir el uso de las redes sociales a los menores de edad, sin embargo, de cara a las disímiles ventajas que estas brindan en función de la comunicación, la información y el conocimiento,

considera la autora que lejos de restringir o prohibir se alza el concepto de concientizar y enseñar a estos mediante herramientas que les permitan un uso seguro para su desarrollo progresivo.

Coincide la autora con MUÑOZ MACHADO cuando sostiene que la Internet es el espacio de la libertad. Un lugar exento de intervenciones públicas en el que los cibernautas disfrutan de un poder de acción ilimitado, sobre todo, para comunicar y expresarse, para desarrollar experiencias de investigación y culturales de cualquier tipo, trascendiendo o no las fronteras de los estados. Esta libertad no solo es inmensa, sino que tiene difícil limitación, pero a su vez es un territorio incómodo para preservar otros derechos fundamentales, especialmente la intimidad, el dominio reservado de cada uno, que no se desea abrir al conocimiento de los demás<sup>4</sup>.

Con el uso extendido de las plataformas informáticas se desarrolla, cada día más, el sharenting, visto como la práctica por la cual los progenitores publican datos personales de los menores de edad sin el consentimiento de estos y en muchas ocasiones comprometiendo su imagen, surge de esa manera la identidad digital de los niños e incluso esta puede tener un alcance digital.

En Estados Unidos el 92% de los menores de edad tiene ya una identidad digital en los primeros dos años de vida. Este alarmante dato puede ser perfectamente extrapolable a cualquier nación, pues cada día más, podemos observar la sobreexposición que los adultos hacen de sus hijos e hijas e incluso otras personas, familiares o no que también lo asumen. Esta práctica puede alcanzar hasta fechas anteriores al nacimiento de los menores de edad, cuando se publican las ecografías, término que se ha denominado como nacimiento digital.

Según diversos estudios, se ha calculado que un 23% de los progenitores realizan esta acción. Además, la Universidad de San Francisco en colaboración con las Universidades de Michigan y Washington, ha publicado un estudio sobre el sharenting que muestra que en Estados Unidos el 56% de los progenitores comparte información potencialmente vergonzosa de sus hijos e hijas, el 51%

---

<sup>4</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, La regulación de la red. Poder y derecho en Internet, Madrid, Taurus, 2000, pp. 371-375.

aporta datos que pueden llevar a localizar al menor y el 27% cuelga fotografías directamente inapropiadas<sup>5</sup>.

Ante este fenómeno surge un nuevo término: intimidación informática y la mayor dificultad en su tutela reside en cómo proteger al menor de edad que ha sido sujeto a indiscreciones innecesarias que violentan su intimidad e incluso su propia imagen.

### **III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL ENTORNO DIGITAL. SU TRATAMIENTO DESDE EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS CUBANO**

Los niños son personas que tienen necesidades propias y capacidad para decidir sobre muchos aspectos de su vida diaria y para participar progresivamente, en dependencia de su edad y grado de madurez en la determinación de sus intereses.

En esa línea de razonamiento VANRELL afirma que “La Convención Internacional de los Derechos del Niño establece un cambio de paradigma respecto a los niños, niñas y adolescentes concibiéndolos como sujetos de derecho y no como simples destinatarios de acciones de asistencia o control por parte del Estado, ordenando las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, reconociendo derechos y deberes recíprocos”<sup>6</sup>.

Con el propósito de ordenar estas relaciones contiene principios generales que deben ser respetados y que actúan como reguladores de esa relación. Son derechos en sí mismos, a la vez que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS SOBRE LA FAMILIA, Sharenting. La sobreexposición de los hijos en las redes sociales, *The Family Watch*, Madrid, 2019

<sup>6</sup> VANRELL, Ivana B., “Derecho del niño a ser oído en el ámbito de la mediación familiar”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 01, febrero 2019, Año XI, p 39.

<sup>7</sup> VIOLA, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente” en *Revista electrónica Cuestión de Derechos*, n° 3, segundo semestre 2012, p. 84, disponible en <http://www.cuestiondederechos.org.ar.consultada> el 23 de marzo del 2017.

SUSIN CARRASCO sostiene que el primer y más evidente logro de la Convención de los Derechos del Niño es la consagración jurídica de los derechos de los niños en una doble consideración: la de derechos reconocidos a todo ser humano por el mero hecho de serlo y la consideración del niño como titular del derecho y no como sujeto vulnerable o mero objeto pasivo de la protección de los poderes públicos en razón de su vulnerabilidad y dependencia de terceros. Esta doble consideración transforma las necesidades de los niños en derechos y sitúa en primer plano su tutela y garantía jurídica, política y social<sup>8</sup>.

El “interés superior del niño” se define, según el *Diccionario de la Real Academia Española*<sup>9</sup>, en virtud de los tres conceptos que abarca:

- Interés: Es la conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden material o moral.
- Superior: Es aquello que está más alto y en un lugar preeminente respecto de otra cosa.
- Niño: Que tiene pocos años, que tiene poca experiencia.

El principio del interés superior del niño, siempre radica en el niño concreto, como titular del interés y del derecho, sin embargo, su evolución normativa nos permite concluir que si bien el interés de cada niño en concreto es un bien de naturaleza privada, su prevalencia en cualquier conflicto inherente al niño mismo forma parte del interés público tutelado por la Ley y obliga entonces a todos los interrelacionados con el caso en cuestión a cumplimentar las decisiones que en tal sentido se acuerden.

Indiscutiblemente, el niño es persona, pero este principio pretende recalcar su especial situación, dada su vulnerabilidad, ya que no está en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, careciendo por sí solo de influencia social<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. SUSIN CARRASCO, Esther, *Análisis a nivel internacional del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia*, Thomson Rueters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 27.

<sup>9</sup> Cfr. SANTOS MORÓN, María José, *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 44.

<sup>10</sup> Cfr. BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena*, vol. 2 n° 2, 2001, p. 356.

Afirma GIRAUD BILLOUD “que (...) reconociendo el ‘interés superior del niño’ como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones —no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, sino porque los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida a su respecto se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”<sup>11</sup>.

Su naturaleza jurídica se enarbola como estándar jurídico en virtud de que encierra referencias morales, con un marcado criterio ético para resolver situaciones fácticas de carácter extremo, que produce con su aplicación una humanización del Derecho. De ahí, que devenga en concepto jurídico indeterminado que se concreta en la valoración jurídica desde la óptica que la Ley le ha concedido, en ese sentido afirma KEMELMAJER DE CARLUCCI que se trata de un concepto jurídico indeterminado, de una cláusula general y, por lo tanto, de un mandato del constituyente al juez, quien debe darle contenido específico conforme las circunstancias del caso<sup>12</sup>.

Funciona también el principio como criterio exegético dado su carácter supremo para la solución de los conflictos donde el eje central son los menores de edad, de ahí que a su vez concurra como principio general del derecho que agrupa valores y aspiraciones enarbolados por la comunidad en su conjunto.

RODRÍGUEZ PALOMO apunta que para el legislador, el interés del menor supone también un límite, en el sentido en que toda norma debe orientarse al mejor desarrollo y efectividad del interés superior del niño<sup>13</sup>. De trascendental importancia resulta la Observación General 14<sup>14</sup> (aprobada el 29 de mayo de 2013) del Comité de Derechos del Niño, cuando considera que el objetivo del

---

<sup>11</sup> GIRAUD BILLOUD, Michel A., “El ejercicio de la responsabilidad parental desde una perspectiva de género”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, nº 01, febrero 2019, Año XI, pp. 70-71.

<sup>12</sup> Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El nuevo Derecho de Familia –visión doctrinal y jurisprudencial–*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 450.

<sup>13</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PALOMO, Carlos, “Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 2004, p. 204.

<sup>14</sup> Observación General número 14 publicada en [http://www.20hch.org.English/bodies/cros/docs/gGC/CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](http://www.20hch.org.English/bodies/cros/docs/gGC/CRC.C.GC.14_sp.pdf), consultada en fecha 21 de octubre del 2018.

interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño<sup>15</sup>.

El principio de interés superior del niño y del adolescente no se trata de simple recomendación ética, sino de una directriz determinante que representa un importante cambio en las relaciones, pues el hijo deja de ser considerado objeto para ser alzado a sujeto de derecho<sup>16</sup>.

Sin pretender resumir, se considera por la autora que la determinación y contenido concreto de este principio deberá ser conformado por los propios juristas en dependencia de dos pautas, una, de las circunstancias del caso concreto que se plantea y otra, de las directrices que la legislación, doctrina y jurisprudencia, consideran adecuadas para su identificación, en uso para ello de valores racionales y de justicia.

Coincide quien suscribe con CILLERO BRUÑOL cuando afirma que “el principio del interés superior del niño es una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘constituye’ soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”<sup>17</sup>. De todo lo anterior la autora colige que la aplicación del principio del interés superior del niño constituye el punto de preferencia y a su vez el límite para la precisión de la función de guarda, en virtud esencialmente de su propia operatividad y eficacia, condición que, puede ostentar el padre/madre aún como figura que en

---

<sup>15</sup> Aunque la referida Observación no define sobre lo que haya de entenderse por bien o interés superior del menor, recoge en su contenido el deber general de concretar el derecho del niño dadas las circunstancias del caso específico, sin embargo, la referida concreción no puede sujetarse solo a la discrecionalidad del poder público en cuestión, sino se exige que su contenido y las medidas que la acompañen deben siempre respetar plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus protocolos facultativos.

<sup>16</sup> Vid. LÓBO, Paulo, “Socioefectividad no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos, Naime Márcio Martins Moraes (coordinadores), *Afetos e estruturas familiares*, Belo Horizonte, Del Rey/ Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010, p. 7, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 25 de abril del 2018.

<sup>17</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997

el seno de la familia ensamblada desempeña un rol preciso dado el carácter distintivo de su posición familiar.

Se trata de uno de los cuatro principios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta de forma primordial en todos los asuntos que conciernan a los niños y niñas. En este sentido, dispone el artículo 3, inciso 1 que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Ante esta interpretación ajustada a Derecho del principio del interés superior del niño se impone interpretar su tratamiento desde las conductas inapropiadas de los adultos violentando los derechos de la intimidad y la propia imagen de los niños, de ahí que los padres deben conocer que existen riesgos en el hecho de compartir información sobre sus hijos en las redes sociales. Entre los daños que pueden suceder, se encuentra el robo de identidad y que se compartan imágenes en sitios que fomentan la pedofilia<sup>18</sup>. Otro tema para evaluar es el tipo de información que se sube, ya que compartirla puede ser considerado gracioso, pero también la información puede ser vergonzosa y puede ser mal utilizada por otros<sup>19</sup>.

El Código de las Familias introduce en Cuba una nueva concepción de las relaciones parentales, que tienen como base: la ruptura con la tradicional fórmula que hacía referencia a la “diligencia de un buen padre de familia”, la desintegración de las construcciones sociales sobre el papel preponderante de la maternidad que vulneran el principio de igualdad, la concepción del niño como sujeto de derechos y la consolidación del interés superior del menor y la posibilidad de ceder algunas de las facultades propias de la patria potestad a terceras personas<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> OTERO, Paula, *Sharenting... ¿la vida de los niños debe ser compartida en las redes sociales?*, *Arch Argent Pediatr*, vol. 115, n° 5, 2017, pp. 412-414.

<sup>20</sup> Vid. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana. *Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad*, en AA.VV.: *Derecho familiar constitucional*, (coord. por L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 499-501.

Desde la antesala constitucional del 2019 se enfoca la responsabilidad parental como institución que se encauza en el respeto de la dignidad de los hijos; con el cual quedan atrás las sombras de las estructuras de sumisión y subordinación de estos al imperio absoluto de la autoridad de los padres y se crean nuevos vínculos entre sujetos con diversos grados de madurez. Florece un universo familiar donde la voz de los niños debe ser escuchada, y lo más beneficioso para estos constituye la piedra angular de todo el sistema; mientras el ejercicio de la responsabilidad parental se reduce en la medida en que los menores adquieren capacidad y autonomía. La no utilización de la fórmula “patria potestad” es también expresión del reconocimiento de la igualdad parental y de la corresponsabilidad o responsabilidad compartida entre los miembros de la familia<sup>21</sup>.

El Código de las Familias contempla en la sección segunda del Capítulo 1, Título V De las Relaciones Parentales el tratamiento legal de la responsabilidad parental en los entornos digitales, en un recorrido que vislumbra desde el derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes a disfrutar del entorno digital, siempre protegidos por los titulares de la responsabilidad parental en cuanto al contenido de las plataformas digitales que los puedan perjudicar en su desarrollo integral haciendo un uso racional y equilibrado de estas hasta la obligación que tienen los progenitores de evitar la exposición de información concerniente a la identidad e intimidad de los menores de edad, sin el consentimiento de estos, en virtud de su capacidad y autonomía progresiva y cuidando siempre que la integridad de sus datos personales y su derecho a la imagen sean garantizados<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. MANSO LACHÉ, Jané, Tras la constitución de 2019: ¿albores de la responsabilidad parental en cuba?, *Revista Boliviana de Derecho* n° 31, 2021, pp. 90-131.

<sup>22</sup> Artículo 147. Derecho a un entorno digital libre de discriminación y violencia. Los titulares de la responsabilidad parental deben velar porque las niñas, los niños y adolescentes disfruten del derecho a un entorno digital en el que estén protegidos ante contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o ético, o ante actos de discriminación y violencia, en cualesquiera de sus manifestaciones.

Artículo 148. Uso equilibrado y responsable en los entornos digitales. 1. Los titulares de la responsabilidad parental deben velar porque la presencia de la hija o el hijo menor de edad en entornos digitales sea apropiada a su capacidad y autonomía progresiva, con el fin de protegerlos de los riesgos que puedan derivarse.

2. Compete a ellos procurar que la hija o el hijo menor de edad haga un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales para garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y derechos.

3. También pueden promover las medidas razonables y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de su hija o hijo a sus cuentas activas, o incluso su cancelación, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato

Este nuevo enfoque refuerza relación entre los titulares de la responsabilidad parental y su descendencia, encausándola hacia una compromiso para con los hijos e hijas y la implicación que tienen estos últimos en la dinámica familiar como sujetos activos con el fin de convertirse en un adulto integral. Además, debe tenerse en cuenta su capacidad progresiva y en función de ella incorporarlo en la toma de decisiones, consultar su opinión y respetar sus libertades individuales en la medida que vaya alcanzando nuevos niveles de desarrollo.

Examinadas las causales de privación de la responsabilidad parental que contempla el nuevo cuerpo normativo familiar en su artículo 191<sup>23</sup> puede valorarse la aplicación de alguna de ellas en cuanto a la conducta reiterada de los progenitores que dañan intencionadamente la intimidad y la imagen de los menores de edad, además el artículo 393<sup>24</sup> del recién aprobado Código Penal

---

y grave para su salud física o psíquica, habiéndolos escuchado previamente, para lo que, si resulta necesario, tienen derecho a exigir tutela judicial.

4. Deben evitar exponer en los medios digitales información concerniente a la intimidad y la identidad de las niñas, los niños y adolescentes sin tener el consentimiento de estos, de acuerdo con su capacidad y autonomía progresiva, cuidando que la integridad de sus datos personales y su derecho a la imagen sean garantizados. Ley 156 /2022 Código de las Familias, publicado en la Gaceta Oficial n. 87 Ordinaria de 17 de agosto del 2022.

<sup>23</sup>Artículo 191. Causas de privación de la responsabilidad parental. El tribunal, atendiendo a las circunstancias del caso, puede privar a uno o ambos titulares de la responsabilidad parental cuando:

- a) Incumplan grave o reiteradamente los deberes previstos en el Artículo 138 de este Código;
- b) ejerzan malos tratos, castigo corporal u otra manifestación de violencia, o cualquier hecho que en el entorno familiar lesione o menoscabe física o psíquicamente, directa o indirectamente, a las niñas, los niños o adolescentes;
- c) induzcan a la hija o el hijo a ejecutar algún acto delictivo;
- d) abandonen a la hija o el hijo, aunque se encuentre bajo la guarda y el cuidado de otra u otras personas;
- e) observen una conducta viciosa, corruptora o delictiva que resulte incompatible con el debido ejercicio de la responsabilidad parental;
- f) cometan delito contra la persona de la hija o el hijo; y
- g) arriesguen la vida o la integridad psíquica y física de la hija o el hijo.

Ley 156 /2022 Código de las Familias, publicado en la Gaceta Oficial n. 87 Ordinaria de 17 de agosto del 2022

<sup>24</sup> Artículo 393.1. Incurrir en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas, quien, sin el consentimiento de otra persona y con el propósito de afectar su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, o identidad, obtenga, facilite, reproduzca, divulgue, transmita o mantenga en su poder grabación o reproducción de sonido, foto o vídeo, mensajes o cualquier otra información de carácter personal o familiar de aquella.

2. Se sanciona de igual forma prevista en el apartado anterior, si el hecho se refiere a los datos personales de la víctima o a cualquier otra información relacionada con estos, que consten protegidos en registros, ficheros, archivos y bases de datos, de los cuales hayan sido recopilados u obtenidos con ese fin ilícito.

3. Los hechos previstos en el apartado anterior se sancionan con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas, o ambas, cuando:

Cubano impone sanciones con alcance privativo de libertad o de carácter pecuniario cuando se incurre en conductas que lesionan la dignidad humana o dan muestra de discriminación siendo la víctima un menor de 18 años de edad, razón que demuestra la protección que dicha legislación le ofrece a los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que hemos ventilado.

#### **IV. NOTAS CONCLUSIVAS**

Las tecnologías en tanto resuelven y facilitan la vida del hombre, abren el camino hacia la vulneración de derechos indispensables. Según investigaciones recientes la privacidad está cada vez más expuesta y en ocasiones, ni siquiera se exige un comportamiento intencionado por parte del usuario para hacerlo. El rastro que deja una persona al moverse por Internet constituye por sí mismo una pieza de información valiosísima, que permite la oferta de servicios adaptados a las particulares circunstancias del usuario y que sin duda desvela nuestra vida privada, gustos, preferencias, fotografías, viajes, foros y conversaciones.

El vertiginoso progreso tecnológico experimentado por la sociedad contemporánea, obliga a los Estados a actualizar los ordenamientos jurídicos para contemplar la debida protección legal ante las situaciones donde se lesione la intimidad y privacidad de los menores de edad en virtud del uso de las redes sociales o plataformas digitales.

Urge aconsejar a las familias sobre el perjuicio que le crean a los menores de edad que se encuentran bajo su abrigo al utilizar indiscriminadamente las redes

---

a) Sean cometidos por el responsable o la persona encargada de los registros, ficheros, archivos y bases de datos en los que obren;

b) se ejecuten mediante precio, recompensa o beneficio patrimonial de cualquier tipo;

c) se realicen por enemistad, venganza u otro fin malicioso, o con el objetivo de acosar a la víctima;

y

d) si la reproducción, divulgación o transmisión se realiza en las redes sociales o medios de comunicación social, tanto en sus espacios físico como digital.

4. Incurre en sanción de dos a cinco años de privación de libertad o multa de quinientas a mil cuotas si se trata de datos personales, cuya utilización ilícita puede dar lugar a discriminación en cualquiera de sus manifestaciones, o implique distinción lesiva a la dignidad humana o conlleven un riesgo grave para la víctima, o esta fuera una persona menor de dieciocho años o en estado de discapacidad. Ley 151 /2022 Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial n. 93 Ordinaria de 1 de septiembre del 2022

sociales, pudiendo afectar el bienestar de estos, se impone no compartir en línea lo que no se compartiría públicamente. Se deben familiarizar con las políticas de privacidad de los sitios en los que compartan información, los progenitores que decidan publicar información sobre problemas de salud o condiciones clínicas de sus hijos deben optar por hacerlo en forma anónima, para así evitar cuestionamiento o intromisiones que afectan directamente al menor de edad, se impone tener precaución al compartir la ubicación real del niño o su nombre completo, e incluso atendiendo a la capacidad progresiva de los hijos se les debe consultar en cuanto a cualquier publicación que se desee colocar y consiguientemente respetar su criterio, por muy oportuno que parezca se requiere ser cuidadosos al publicar fotos que muestren al niño o niña, pues en ocasiones se hace mostrando su estado de desnudez, todo ello debe traer consigo la valoración del efecto que provoca en el niño, niña o adolescente compartir información sobre su estado actual y futuro, no podemos olvidar que cuidar la información que está disponible en la Web es también una forma de cuidarlos para que crezcan sanos.

Cuba, ante la revolución legislativa que se desarrolla en los últimos años ha regulado en el Código de las Familias la responsabilidad en que incurren los padres al colocar en las plataformas digitales información de su descendencia sin el consentimiento de estos atendiendo a su autonomía y capacidad progresiva e incluso según la gravedad de esas conductas puede tener un alcance de privación de la responsabilidad parental en el caso de los progenitores comisores e incluso pueden incurrir en sanciones privativas de libertad o pecuniarias, atendiendo a un tipo delictivo y en dependencia de la gravedad de los hechos, todo ello demuestra la labor de protección que desarrolla el Estado velando por el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ-TABÍO ALB, Ana María, Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad”, en AA.VV.: *Derecho familiar constitucional*, (coord. por Leonardo B.

Pérez Gallardo, Carlos M. Villabella Armengol y German Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 499-501.

AMMERMAN YEBRA, Julia., “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, extra 8, n° 2, 2018 pp. 253-264.

BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena*, vol. 2, n° 2, 2001, pp. 355-362.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.

Constitución de la República de Cuba publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria núm.5 de 10 de abril del 2019, disponible en <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf>, consultada el 15 de enero de 2023.

GARCÍA GARCÍA, Ainoa, La protección digital del Menor: El Fenómeno del Sharenting a Examen, *Revista de Derecho UNED*, n° 27, 2021, pp. 455-492.

GIRAUD BILLOUD, MICHEL A., “El ejercicio de la responsabilidad parental desde una perspectiva de género”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 01, febrero 2019, Año XI, pp. 62-78.

Instituto Internacional De Estudios Sobre La Familia, Sharenting. La sobreexposición de los hijos en las redes sociales, *The Family Watch*, Madrid, 2019

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El nuevo Derecho de Familia –visión doctrinal y jurisprudencial-*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

Ley 151 /2022 Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial n. 93 Ordinaria de 1 de septiembre del 2022.

Ley 156 /2022 Código de las Familias, publicado en la Gaceta Oficial n. 87 Ordinaria de 17 de agosto del 2022.

LÔBO, Paulo, “Sociofektividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos, Naime Márcio Martins Moraes (coordinadores), *Afetos e estruturas familiares*, Belo Horizonte, Del Rey/ Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 25 de abril del 2018.

MANSO LACHÉ, Jané, Tras la constitución de 2019: ¿albores de la responsabilidad parental en cuba?, *Revista Boliviana de Derecho* n° 31, 2021, pp. 90-131.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, La regulación de la red. Poder y derecho en Internet, Madrid, Taurus, 2000, pp. 371-375.

Observación General número 14 publicada en [http://www.2ohch.org.English/bodies/cros/docs/gGC/CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](http://www.2ohch.org.English/bodies/cros/docs/gGC/CRC.C.GC.14_sp.pdf), consultada en fecha 21 de octubre del 2018.

OTERO, Paula, *Sharenting...* ¿la vida de los niños debe ser compartida en las redes sociales?, *Arch Argent Pediatr*, vol. 115, n° 5, 2017, pp. 412-414.

RODRÍGUEZ PALOMO, Carlos, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 2004.

SANTOS MORÓN, María José, *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

SUSIN CARRASCO, Esther, *Análisis a nivel internacional del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

VANRELL, Ivana B., “Derecho del niño a ser oído en el ámbito de la mediación familiar”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, nº 01, 2019, Año XI, pp. 32-40.

VIOLA, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente” en *Revista electrónica Cuestión de Derechos*, nº 3, segundo semestre, 2012, disponible en <http://www.cuestiondederechos.org.ar/consultada> el 23 de diciembre del 2022.



## CAPÍTULO XVIII

# La necesaria aportación del Derecho Constitucional a la protección de los menores en el entorno digital

*Luis Fernando Martínez Quevedo*

*Universidad de Granada (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MENORES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: RIESGOS Y CUESTIONES MÁS RELEVANTES. 1. Grooming. 2. Hostigamiento (ciberstalking). 3. Sexting. 4. Ciberacoso escolar. A. Apuntes previos. B. Aproximación conceptual al (ciber)acoso escolar. III. UNA SOLUCIÓN A CORTO PLAZO: VIGILAR LA CREACIÓN DE PERFILES EN REDES SOCIALES. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿POR QUÉ EL DERECHO CONSTITUCIONAL?. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los siglos, el ser humano ha ido descubriendo o inventando recursos cuyas características los han convertido en imprescindibles para distintas actividades, porque facilitan labores, aseguran resultados exitosos o conceden otro tipo de beneficios. Podemos, en este sentido, destacar el fuego, la rueda, el arado, la pólvora, la imprenta o el teléfono, entre otros muchos. La irrupción de las Nuevas Tecnologías ocuparía, sin lugar a dudas, uno de los puestos más importantes si realizáramos una clasificación de los mismos. Las razones para afirmar esto son múltiples, resaltando, quizás, su presencia en casi cualquier ámbito de la existencia humana actual. Hoy día es difícil encontrar algún tipo de actividad en el que no estén presentes dispositivos como teléfonos móviles, *tablets* u ordenadores, porque su utilización facilite lograr el éxito de lo que se

esté llevando a cabo o porque su uso sea directamente esencial. Esta presencia en prácticamente cualquier disciplina o contexto es la principal diferencia respecto de la mayoría de los anteriores, en tanto que tienen más limitado su rango de acción. No es este, obviamente, el único rasgo peculiar de las Nuevas Tecnologías. Otro aspecto singular, consecuencia del anterior, es el de su universalización: puesto que estos dispositivos se utilizan en prácticamente cualquier ámbito (académico, educativo, científico, lúdico, etc.), cualquier persona es (un potencial) usuario de los mismos.

Ya bien entrado el siglo XXI, parece una tarea casi imposible encontrar un ámbito en el que estas tecnologías, en un grado más o menos directo, no intervengan. En lo que aquí respecta, debemos destacar que la explosión de las Nuevas Tecnologías, la universalización de los dispositivos móviles y el exponencial aumento de las redes sociales han permitido encontrar novedosas formas de comunicación que, sin lugar a dudas, no parecen apuntar a una existencia efímera. Antes, al contrario, cada vez se innova más, tanto a nivel de dispositivos como a nivel de aplicaciones, con el objetivo de crear en los usuarios un sentimiento de necesidad ineludible para poder mantener procesos comunicativos, algo impensable hace décadas. No podemos dejar de señalar que esta necesidad está, en ocasiones, derivando en dependencia<sup>1</sup>, alertando ya los expertos sobre las consecuencias nefastas que puede acarrear para las personas<sup>2</sup>.

Este contexto de riesgos afecta a la sociedad en su conjunto, en tanto que el acceso a Internet, principalmente a través de *smartphones*, está presente en todos los sectores de la población, sin que, a diferencia de lo que podía ocurrir a principios de siglo, exista una correlación entre el acceso y otras condiciones, como la edad o el nivel socioeconómico. Estos peligros, además, tienen un mayor impacto en el caso de los menores de edad, presentándose cuestiones especialmente relevantes a las que el Derecho debe dar respuestas lo más satisfactorias posibles. En la actualidad, los niños y adolescentes encuentran una variada oferta de redes

---

<sup>1</sup> El *Informe Ditrendia Mobile en España y en el Mundo 2020* (p. 46) indica que 7,6 millones de españoles se consideran adictos a sus dispositivos, una cifra nada desdeñable respecto a una materia como la que nos ocupa.

<sup>2</sup> Se habla, entre otras consecuencias, de irritabilidad, ansiedad y graves alteraciones del comportamiento (agresividad, tristeza, aislamiento, etc.). Una visión general, con información adicional sobre cómo tratar la adicción se puede encontrar en <https://institutoeuropeo.es/articulos/adiccion-a-los-moviles-es-la-nomofobia-algo-real/>

sociales mediante las cuales entablan contacto con compañeros del colegio o instituto, amigos y, también, desconocidos. Entre los múltiples beneficios que han traído consigo las Nuevas Tecnologías, a los que no vamos a hacer referencia en el entendimiento de que son sobradamente conocidos por todos, destacan, en relación con los menores, los de la construcción de la esfera personal. Hoy día los menores construyen su personalidad tanto en el ámbito analógico tradicional (a través de las relaciones que mantienen en los centros educativos, actividades extraescolares, etc., “presencialmente”), como en el digital: la mayoría de esos contactos se prolongan a través del mundo virtual mediante la utilización masiva de redes sociales como WhatsApp, Instagram, Twitter, Facebook o TikTok, entre otras. En el proceso madurativo que toda persona experimenta, en lo relativo a la edificación de la personalidad, el entorno tecnológico ha adquirido una importancia de gran magnitud, pues los menores construyen en él una parte de su identidad que, a menudo, es tan importante para ellos como la analógica. En este sentido, se forjan relaciones intensas con distintos tipos de personas, en diferentes partes del mundo, en torno a intereses comunes de los que se tiene conocimiento a través de las redes sociales. Este rol que desempeñan las Nuevas Tecnologías en la construcción de la identidad y la personalidad de los menores es precisamente la razón por la que resulta importante permitirles el acceso a la misma en las máximas condiciones de libertad, respetando derechos fundamentales como la libertad de expresión, la intimidad o la protección de datos. Simultáneamente, es preciso que hagan un uso responsable de las mismas, porque pueden estar en peligro otros derechos, también fundamentales, como los derechos al honor, a la propia imagen y, en otro sentido, el ya mencionado derecho a la intimidad.

En el presente trabajo nos proponemos, en primer lugar, señalar los riesgos más relevantes a los que se enfrentan los menores cuando utilizan las Nuevas Tecnologías, especialmente las redes sociales; a continuación, realizaremos una propuesta para poder amortiguar parcialmente estos problemas; y, finalmente, concluiremos con la necesidad de que el Derecho Constitucional se plantee estas cuestiones que, en los últimos años han venido siendo estudiadas desde las perspectivas penal y civil principalmente, de modo que tengamos una visión general que venga a complementar a otras que, en particular, se ocupan de

aspectos concretos. No en vano, tal y como acabamos de mencionar, estamos tratando una materia en la que, sin haber siquiera profundizado, sobresalen aspectos como titularidad y ejercicio de derechos fundamentales, de entre cuyos sujetos corren especial peligro los menores cuando construyen su personalidad, pilar fundamental de la dignidad humana.

## **II. MENORES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: RIESGOS MÁS RELEVANTES**

Nos encontramos, sin duda, ante una materia muy compleja por diferentes motivos. Los riesgos que entraña la utilización de Nuevas Tecnologías por parte de los menores son variados: desarrollo de dependencia (nomofobia), trastornos de conducta o acceso a contenidos no apropiados para edades tempranas, entre otros. No obstante, por motivos de síntesis, nos vamos a referir a aquellos que están tipificados como delitos o que, sin estarlo específicamente, pueden derivar en la comisión de otros a través de la realización de alguna (o algunas) de sus conductas. En este sentido, debemos partir de una idea que añade aún más complejidad al asunto: en algunos de estos delitos, en los que las Nuevas Tecnologías constituyen el medio en el que se producen, el delincuente y la víctima pueden ser menores o un mayor de edad y un menor respectivamente. A esto debemos añadirle el problema del anonimato en redes, que supone tanto una oportunidad criminal para su comisión, facilitando la actuación delictiva, como un obstáculo para la investigación, sobre todo en las primeras etapas, en las que la propia víctima puede sentirse bastante indefensa.

### **1. *Grooming***

En primer lugar, vamos a hacer referencia al ciberacoso sexual de menores, más conocido por su nombre en inglés, *online child grooming*. Se trata del “acoso ejercido por un adulto y que se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre el menor con el fin de

preparar el terreno para el abuso sexual del mismo”<sup>3</sup>. Otra definición más amplia la encontramos en MOLINA MANSILLA, que utiliza el concepto de “embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”<sup>4</sup>, en la que también se parte de la idea de un adulto como victimario. VILLACAMPA, en cambio, partiendo de una definición similar en su investigación, concluyó que el *groomer* no suele ser un mayor de edad:

Pese a ello (...) la tasa anual de victimización por *grooming* es siempre más elevada para el que procede de iguales que para el procedente de adultos. Sólo 1 de cada 10 adolescentes (10,4%) fue contactado en el año anterior a la encuesta por un adulto intentando hablar *online* con él. tomando como referencia la conducta consistente en intentar que el menor hable con el *groomer* de sexo durante el año anterior a la encuesta, cabe concluir que solo 1 de cada 20 menores (el 5,1%) afirmó haber sido víctima de *grooming* procedente de adultos en ese período, mientras que dicha ratio asciende a 1 de cada 8 si la conducta la realiza un igual (12,3%)<sup>5</sup>.

No obstante, debemos hacer algunas precisiones respecto a las condiciones necesarias para entender que se ha producido la comisión de un delito de *grooming*. El art. 183 CP<sup>6</sup> describe en parecidos términos lo visto hasta ahora; no

---

<sup>3</sup> MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 99.

<sup>4</sup> MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> del Carmen, “Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de ‘child grooming’: aspectos más significativos de las reglas concursales”, *La ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n<sup>o</sup> 136, 2019. Afirma la autora que “el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos se compone de un conjunto de actuaciones llevadas a cabo por un adulto sobre un menor de dieciséis años mediante el uso de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o comunicación (...) que pretende crear una relación de amistad o de cualquier otra índole(...) e incrementar el grado de confianza con el fin de proponerle un encuentro ulterior donde satisfacer su deseo sexual, aprovechando la curiosidad de los jóvenes con el sexo”.

<sup>5</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Predadores sexuales *online* y menores: *grooming* y *sexting* en adolescentes”, en *e-Eguzkilore. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa-Revista electrónica de ciencias criminológicas*, n<sup>o</sup> 2, 2017, p. 9.

<sup>6</sup> 1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para

obstante, el art. 183 *bis* CP ha introducido una modificación interesante para aquellas situaciones que se producen entre iguales, al disponer que salvo “en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”. Esta nueva redacción del art. 183 CP llega mediante la Disposición Adicional Cuarta de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la cual reforma el Capítulo II del Título VIII del Libro II del CP, suprimiendo el antiguo art. 183 *ter*.

Sea como fuere, nos encontramos, en definitiva, ante un mayor de edad que, generalmente a través de un perfil falso en las redes sociales, entabla contacto con un menor del que pretende obtener bien conversaciones, bien imágenes o algún tipo de material audiovisual de contenido sexual. Esto podrá tener una fase a continuación que consistirá en la concertación de algún encuentro en el que se practicará la agresión sexual. Este delito fue introducido en el art. 183 *bis* CP mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, podemos acudir a la jurisprudencia<sup>7</sup> para observar los perfiles del *online child grooming*:

Más concretamente en este nuevo tipo del art. 183 *bis* se regula lo que internacionalmente se conoce como «child grooming» que se estructura de la siguiente forma: A) La acción consiste en contactar con un menor de trece<sup>8</sup> años a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información. B) La finalidad no es otra sino la de proponer un encuentro con el menor a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189. C) Se requiere que la proposición no se quede ahí, sino que vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento. (...). D) Queda a salvo el concurso con los delitos en su caso cometidos tras dicho acercamiento y

---

que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

<sup>7</sup> SAP Jaén, Sección 2<sup>a</sup>, 113/2015 de 11 de mayo.

<sup>8</sup> En la actualidad, 16 años.

propuesta, pues este tipo sanciona, como hemos visto, la mera acción de contacto acompañada de actos materiales de acercamiento, con independencia de que se haya conseguido el efecto al que se encaminaba. E) Se prevé una agravación si el acercamiento se efectúa mediante coacción, intimidación o engaño.

## 2. Hostigamiento (*ciberstalking*)

El delito de hostigamiento, generalmente conocido por sus términos ingleses (*stalking* o *ciberstalking*) fue introducido mediante la modificación del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el art. 172 *ter*<sup>9</sup>. Según se afirma en la Exposición de Motivos<sup>10</sup>, la reforma venía a solucionar la disparidad de criterios para enjuiciar estas conductas, toda vez que ningún tipo penal específico las recogía.

Podemos definir el *ciberstalking* como los “comportamientos que pueden incluir, aunque no están limitados solo a éstos, la transmisión de amenazas y acusaciones falsas, daños a los datos o equipos, robo de identidad, robo de datos, ‘monitoreo’ informático, la solicitud de sexo y cualquier otra forma de agresión”<sup>11</sup>, pero con una nota de continuidad, exigida por el legislador en el precepto a través de los calificativos de “insistente y reiterada”. Así lo vemos, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 324/2017, de 8 de mayo:

Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas

---

<sup>9</sup> 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana: (...).

<sup>10</sup> “Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.

<sup>11</sup> GARCÍA GUILABERT, Natalia, *El ciberacoso. Análisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la Teoría de las actividades cotidianas*, Edisofer, Madrid, 2017, p. 24.

abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana<sup>12</sup>.

Los estudios<sup>13</sup> revelan, significativamente, que se trata de un problema que no afecta específicamente a menores, aunque obviamente también está presente en franjas de edad tempranas. Por otra parte, no se puede perder de vista la interconexión entre este tipo penal y el revisado en el apartado anterior, en tanto que en función de la respuesta de la víctima y su grado de resistencia y oposición al victimario, nos podemos encontrar ante límites difusos que puedan dar lugar, incluso, a un concurso de delitos. Si bien es cierto que en el *grooming* el componente sexual lo aleja del *ciberstalking*, no lo es menos que se pueden producir conductas de hostigamiento con el objetivo de obtener el beneficio sexual que exige el art. 183 CP. Independientemente de estos detalles, y del hecho de que una parte considerable de la doctrina entiende que este tipo de comportamientos se produce en mayor medida en población adulta, entendemos necesario apuntarlo en estas páginas, no solo porque pueda producirse entre (o hacia) menores de edad, sino principalmente porque, como veremos posteriormente, al no haber una tipificación específica para el acoso y el ciberacoso escolar, resulta interesante conocer todos los mecanismos a través de los cuales se puedan enjuiciar una suerte de conductas que pueden incardinarse con facilidad en algún tipo penal de los ya existentes, siendo, en definitiva, el *stalking* y el *ciberstalking* un buen ejemplo de ello.

---

<sup>12</sup> Para mayor profundización, v. FFJJ 3 y 4.

<sup>13</sup> Puede consultarse, en este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y PUJOLS PÉREZ, Alejandra, “Fenomenología del acoso predatorio en España e implicaciones jurídicas derivadas”, en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (dir.), *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 159-192; y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y PUJOLS PÉREZ, Alejandra, “Prevalencia y dinámica de la victimización por *stalking* en población universitaria”, en *Revista española de Investigación Criminológica*, nº 15, 2017, pp. 1-27.

### 3. Sexting

Nos encontramos ahora con el delito de *sexting*, tipificado en el art. 197.7 CP<sup>14</sup>, que consiste en la “difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil o cualquier otro dispositivo tecnológico”<sup>15</sup>. La cuestión central estriba en que la captación del contenido audiovisual es consentida, para su visualización por quien posteriormente comete el delito al difundirlo o publicarlo, sin que cuente realmente con el consentimiento de la víctima. Es la ausencia del permiso para difundir lo que “se constituye en elemento delimitador del núcleo de la tipicidad”<sup>16</sup>. En palabras del TS, el “núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes (obtenidas con la aquiescencia de la víctima) y que afecten gravemente a su intimidad”<sup>17</sup>. En definitiva, el *sexting* debe reunir las siguientes características:

(...) primero, debe existir una voluntariedad inicial, en el sentido de que generalmente es el propio protagonista el productor de los contenidos y el responsable del primer paso en su difusión; segundo, tienen que utilizarse dispositivos tecnológicos, siendo esencial la telefonía móvil o el ordenador; y, en tercer lugar, el fenómeno se refiere a imágenes de contenido erótico o sexual, excluyéndose fotografías sin contenido sexual explícito<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> 7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

<sup>15</sup> INTECO, “Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo”, 2011. Disponible en <http://www.sexting.es/wp-content/uploads/guia-adolescentes-y-sexting-que-es-y-como-prevenirlo-INTECO-PANTALLASAMIGAS.pdf>

<sup>16</sup> LLORIA GARCÍA, Paz, “La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento (a propósito de la Sentencia 70/2020 del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020)”, en *La Ley privacidad*, nº 4, 2020.

<sup>17</sup> STS, Sala de lo Penal, 70/2020, de 24 de febrero, FJ 2.1.1.

<sup>18</sup> MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, cit., p. 170.

## 4. Ciberacoso escolar

### A. Apuntes previos

Consideramos necesario analizar con más detalle este problema, en el entendimiento de que sobre los anteriores hay abundante contenido doctrinal y jurisprudencial en tanto que se trata de delitos específicamente tipificados, a diferencia del acoso y el ciberacoso escolar, más abordados tradicionalmente desde otras disciplinas científicas como la psicología o la pedagogía.

A principios del curso actual, en torno a mediados del mes de septiembre, se producía en Zaragoza un intento de suicidio<sup>19</sup> que alertó, una vez más, de las graves consecuencias que pueden producir estos fenómenos. En esta ocasión, se trataba de una menor, de 10 años de edad<sup>20</sup>, que se lanzó al vacío desde un cuarto piso<sup>21</sup>, decidida a acabar con su vida por, supuestamente, las humillaciones y vejaciones que recibía de parte de algunas compañeras por motivos xenófobos, teoría sostenida tras las primeras investigaciones, a partir de las cuales se tuvo conocimiento de un mensaje de despedida enviado a su abuela, que vive en Colombia. Anteriormente, por desgracia, otros menores corrieron peor suerte, saltando a los medios de comunicación historias que, en la actualidad, son sobradamente conocidas, siempre respondiendo a un patrón de comportamiento similar.

No obstante, estos concretos ejemplos mediáticos centran el foco sobre un problema que afecta diariamente a cada vez más menores, no solo españoles, sino también de prácticamente la totalidad de Estados de nuestro entorno. Si bien es cierto que estos casos apuntados representan las consecuencias más graves y, porcentualmente, menos frecuentes, es preciso tomar conciencia de que los

---

<sup>19</sup> NAVARRO, Aranzazú, “Recibe el alta hospitalaria la niña que intentó suicidarse en Zaragoza”, *Heraldo*, 16 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2022/09/16/nina-acosada-zaragoza-quiso-suicidarse-recibe-alta-hospitalaria-1600047.html> [último acceso: 16/02/2023].

<sup>20</sup> GARCÍA BUENO, Jesús, “El intento de suicidio de Saray: un salto al vacío ante el acoso escolar y el silencio”, *El País*, 18 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/educacion/2022-09-18/el-intento-de-suicidio-de-saray-un-salto-al-vacio-ante-el-acoso-escolar-y-el-silencio.html> [último acceso: 16/02/2023].

<sup>21</sup> “Investigado un intento de suicidio de una niña de 10 años por ‘bullying’ en Zaragoza”, *La Vanguardia*, 13 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20220913/8519951/investigado-intento-suicidio-nina-10-anos-bullying-zaragoza.html> [último acceso: 16/02/2023].

problemas que de forma habitual producen el acoso y el ciberacoso escolar representan una entidad tal que resulta conveniente tratar de prevenirlos y atajarlos con la mayor celeridad y eficacia posibles.

En este sentido, es importante que una disciplina como el Derecho venga a complementar, como se está empezando a hacer desde hace unos años, a disciplinas ya mencionadas como la psicología o la pedagogía, entendiendo que la búsqueda de soluciones por parte de las víctimas cada vez más trasciende el ámbito educativo. Por otro lado, dentro del ámbito jurídico, es habitual que se ocupen del *bullying* y del *ciberbullying* expertos de las ramas civil y penal<sup>22</sup>, de modo que resultaría conveniente un análisis desde una perspectiva constitucional de ambos problemas, que aportara otra visión y ayudara en la búsqueda de soluciones.

### ***B. Aproximación conceptual al (ciber)acoso escolar***

Como acabamos de comentar, nos enfrentamos a un problema presente también en los Estados de nuestro entorno. En principio, partimos de la definición canónica que de “acoso escolar” propuso Dan Olweus:

Fue el propio Olweus quien definió el maltrato entre alumnos y alumnas cuando se produce en el contexto escolar como una “conducta de persecución física o psicológica que realiza el alumno o alumna contra otro, al que elige como víctima de repetidos ataques. Esta acción, negativa e intencionada, sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir por sus propios medios. La continuidad de estas

---

<sup>22</sup> En principio, la intención inicial es la de resolver los problemas de acoso y ciberacoso escolar en el propio centro docente. Cuando la solución no llega o es insatisfactoria, lo que ocurre en más casos de los deseados, a menudo se acude a la vía judicial. Cuando se da este paso, el orden civil o el orden administrativo conocen de los asuntos que pretenden un resarcimiento indemnizatorio (la vía depende de la titularidad privada o pública del centro educativo); por su parte, llegan por vía penal aquellos casos más graves. Como hemos mencionado, no existe un delito de acoso escolar, a diferencia de lo que sucede en Francia, de modo que se presentan como delitos contra la integridad moral, coacciones, vejaciones, lesiones o inducción al suicidio. La FGE llega incluso de hablar de homicidio o asesinato si se “fuerza” a la víctima a suicidarse, esto es, sin que tal acto haya resultado de su decisión libre, o de homicidio imprudente si son los atentados contra su integridad moral los que la conducen al suicidio sin dolo por parte del acosador.

relaciones provoca en las víctimas efectos claramente negativos: disminución de su autoestima, estados de ansiedad e incluso cuadros depresivos, lo que hace difícil su integración en el medio escolar y el desarrollo normal de los aprendizajes”<sup>23</sup>.

Desde el punto de vista de la psicología, la definición puede colmar las necesidades de la disciplina. Pero esto no ocurre así desde el punto de vista jurídico, donde la certeza y la seguridad desempeñan un papel protagonista. En España, la distribución competencial tiene como consecuencia, en lo que a esta materia se refiere, una multiplicidad de campañas, planes y protocolos anti-acoso. Así, por ejemplo, la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía facilita en su página web un protocolo de actuación para supuestos de acoso escolar, donde afirma que tal fenómeno “es entendido como el maltrato psicológico, verbal o físico hacia un alumno o alumna producido por uno o más compañeros y compañeras de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado”, debiendo reunir como características la intencionalidad, la repetición y el desequilibrio de poder, colocándose a una víctima en una posición de indefensión, mientras el resto del grupo son observadores pasivos. En las Instrucciones de 11 de enero de 2017 de la Dirección General de Participación y Equidad se aborda el fenómeno del ciberacoso, que consiste en

un tipo de acoso entre iguales que se da a través de las Tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Se puede definir como una agresión intencional, que puede ser puntual o repetida, por parte de un individuo o un grupo, a través de medios tecnológicos como el correo electrónico, páginas web, redes sociales, juegos online o mensajes en teléfonos móviles, que pueden tener una alta difusión y mantener su impacto en el tiempo sin que la víctima pueda defenderse por sí misma, dañando su imagen social y su autoestima, hasta el punto de llegar a provocar grave daño o perjuicio en su desarrollo psicosocial.

---

<sup>23</sup> OLWEUS, Dan, *Bullying at schools. What we know and what we can do*, Blackwell, Cambridge-USA, 1993, citado en MERINO GONZÁLEZ, Joan, “El acoso escolar-bullying. Una propuesta de estudio desde el análisis de redes sociales (ARS)”, en *ICEV. Revista d'Estudis de la violència*, nº 4, 2008.

En Madrid encontramos la “Guía de actuación contra el acoso escolar en los centros educativos”, en la que, partiendo de la recién recogida definición de Olweus, concluyen “entendiendo el maltrato entre escolares como un tipo negativo de relación interpersonal que tiene lugar en un grupo y se caracteriza por comportamientos reiterados de intimidación y exclusión dirigidos a otro que se encuentra en una posición de desventaja”<sup>24</sup>. Nuevamente se señalan la reiteración, el desequilibrio de poder y la intención como características esenciales de esta problemática. Algún matiz diferencial, en cambio, encontramos en la definición de *ciberbullying*:

El *ciberbullying* puede ser definido como la intimidación psicológica u hostigamiento que se produce entre iguales, frecuentemente dentro del ámbito escolar -pero no exclusivamente-, sostenida en el tiempo y cometida con cierta regularidad, utilizando como medio las tecnologías de la información y la comunicación, cuya naturaleza determina las características del fenómeno (inmediatez, publicidad amplificada, difusión instantánea, viralización), con el objetivo de dañar a la víctima, minando su autoestima y llevándole a una situación de terror, impotencia y estrés<sup>25</sup>.

Como podemos observar, a diferencia de lo recogido en la normativa andaluza, en la que se entiende que el ciberacoso puede producirse de forma puntual, en la madrileña se vuelve a insistir en la necesidad de que se sostenga en el tiempo. Sin duda, se intuye con cierta facilidad que resulta una actividad compleja dar una definición de acoso o ciberacoso escolar a nivel jurídico. Hasta tal punto esto es así, que la Resolución de 19 de octubre de 2018 del Director General de Innovación, Equidad y Participación del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, establece en el apartado a) del punto Segundo que uno de los objetivos de dicho documento es “a) Clarificar el concepto de acoso”. En el protocolo se recoge que es acoso

---

<sup>24</sup> “Guía de actuación contra el acoso escolar en los centros educativos”, Subdirección General de Inspección Educativa de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2017, p. 9. Disponible en: <https://www.madrid.org/bvirtual/BVCM016330.pdf>

<sup>25</sup> *Ídem*, p. 26.

La intimidación y el maltrato entre escolares de forma repetida y mantenida en el tiempo casi siempre lejos de los adultos, con la intención de humillar y someter abusivamente a una víctima indefensa por parte de un abusón o un grupo de matones, a través de agresiones físicas, verbales y sociales y con consecuencias de victimización psicológica y rechazo social.

Nuevamente se requiere la aparición de intencionalidad, reiteración e indefensión, extremos en los que parece estar de acuerdo la doctrina. Por otra parte, respecto del ciberacoso, al igual que en Madrid, se subraya la necesidad de continuidad, además de la permanencia en el tiempo y la amplia difusión de los ataques.

De momento, nos hemos limitado a evidenciar el hecho de que, en nuestro ordenamiento jurídico fragmentado, las definiciones de acoso y ciberacoso escolar son similares, partiendo de la paradigmática propuesta por la pedagogía, aunque con alguna diferencia de matiz. Si acudimos a otros ordenamientos que han conceptualizado estos problemas desde una posición unitaria surgida del legislador estatal, observamos que no existen diferencias reseñables. En el Capítulo III del Título IV del Libro V del *Code de l'Éducation* francés encontramos medidas para proteger a las víctimas de acoso escolar, para cuya definición remite directamente a los cuatro primeros párrafos del art. 222-33-2-3<sup>26</sup> de su Código Penal. No se trata de una definición al uso pues se utiliza “acosar” para describir el “acoso”. Otro documento interesante, esta vez en Italia, es la Legge 29 maggio 2017, n. 71, en la que se recoge un concepto bastante interesante de lo que debe entenderse por ciberacoso escolar:

---

<sup>26</sup> Le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail.

L'infraction est également constituée:

- a) Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée;
- b) Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition.

Cualquier forma de acoso, agresión, molestia, chantaje, injuria, humillación, difamación, suplantación de identidad, alteración, adquisición ilícita, manipulación, tratamiento ilícito de los datos personales en perjuicio de un menor, realizada por vía telemática" así como "la difusión de contenidos online que tengan por objeto uno o más componentes de la familia del menor cuyo objetivo intencional y predominante sea aislarlo a través de un abuso, ataque dañoso o su puesta en ridículo" (art. 1.2).

Desde nuestro punto de vista, nos encontramos ante un problema de extrema complejidad. Algunos ejemplos de actos que constituyen acoso escolar parecen evidentes: agresiones físicas, vejaciones, insultos, amenazas, coacciones o aislamiento de la víctima son algunos de los comportamientos que lo caracterizan, a menudo presentándose varios de ellos simultáneamente, prolongados durante un tiempo, y surgiendo una relación jerárquica entre el acosador (o acosadores) y el acosado, desequilibrio perjudicial para ambos actores. Las consecuencias para la víctima pueden ser fatales: irritabilidad, pérdida de concentración, falta de apetito, aislamiento, trastornos de sueño, descenso del rendimiento académico, pánico, depresión, episodios de autolisis, intentos de suicidio y suicidio. El acosador también experimenta unas consecuencias, sobre las que alerta la FGE, al afirmar que su "comportamiento agresivo puede convertirse en una forma habitual de actuar, haciendo de la dominación un estilo normalizado en sus relaciones interpersonales"<sup>27</sup>.

Respecto al ciberacoso en particular, entendemos que puede producirse a través de distintos medios tecnológicos, dispositivos móviles, *tablets*, ordenadores o videoconsolas. En lo que respecta a nuestro análisis, nos resulta especialmente relevante en cuanto que se constituye como una prolongación del acoso sufrido por la víctima en el contexto educativo. Dicho de otro modo, el acoso escolar que hace décadas se limitaba al espacio y tiempo lectivos, en la actualidad los supera a través de las redes sociales, extendiéndose a periodos no lectivos y sin que sea necesaria la coincidencia espacio-temporal de víctima y victimario/s. De esta idea se hace eco la Fundación ANAR, al afirma que "existe una correlación entre

---

<sup>27</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Instrucción 10/2015, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil", 2005.

bullying y ciberbullying, puesto que lo que ocurre a través de los medios digitales forma parte de la realidad cotidiana de los menores y por tanto sería erróneo concebirlos como ámbitos separados e independientes”<sup>28</sup>.

En conclusión, sirvan estas líneas no solo para dibujar con sencillez las características más importantes del acoso y del ciberacoso escolar, sino también para apuntar algunas cuestiones complejas que pueden dificultar su detección temprana en los centros educativos. El hecho de partir de estudios realizados desde el ámbito de la psicología nos facilita la comprensión respecto a las causas que los motivan y las consecuencias que de ellos se derivan. Esto conlleva la propuesta de definiciones descriptivas, basadas en incluir una multiplicidad de conductas para tratar de incardinar bajo el concepto hechos de distinta naturaleza, medida comprensible por otra parte.

No obstante, no podemos dejar de señalar que la exigencia de un tiempo prolongado dificulta la seguridad jurídica. ¿Cuánto es un tiempo prolongado? Estudios, como los ya señalados de la Fundación ANAR, alertan de que los casos de acoso y ciberacoso tardan un año de media en ser resueltos. No deja de sorprender que dos problemas como los que estamos abordando, con consecuencias tan funestas para la inmensa mayoría de las víctimas, que, no olvidemos, están en un momento crucial de la construcción de su personalidad, tarden tanto tiempo en resolverse, tanto más cuando sabemos que se producen en contextos bajo la supervisión de adultos, sea en el centro educativo<sup>29</sup>, sea en el domicilio.

---

<sup>28</sup> FUNDACIÓN ANAR, “I Estudio sobre ciberbullying según los afectados”, Madrid, 2017, p. 18.

<sup>29</sup> Está lejos de nuestro ánimo tratar de responsabilizar, en modo alguno, al profesorado de los centros educativos. El objetivo de esta precisión no es otro que alertar sobre la necesidad de abordar estos problemas de un modo decisivo, no a nivel únicamente escolar, sino social. Los datos señalan que los menores tienen acceso a las redes sociales a edades cada vez más tempranas, mediante el uso de dispositivos móviles que, al menos, deben contar con el beneplácito de los padres, madres o tutores. En el centro educativo se presentan situaciones de una marcada relevancia jurídica, toda vez que, como ya hemos mencionado, los menores son titulares y ejercen sus derechos también en el mundo digital, y muchos elementos pertenecientes a su intimidad, privacidad, propia imagen, etc., están contenidos en sus dispositivos móviles. El profesorado, en ocasiones superado por la necesidad de tener que impartir clase en grupos numerosos y responder a otras exigencias, principalmente burocráticas, encuentra dificultad para detectar este tipo de situaciones. A esto debemos añadirle la falta de formación (y de oportunidad para hacerlo), circunstancia que dificulta aún más una resolución satisfactoria del problema, en un tiempo adecuado.

En nuestra opinión, la exigencia de reiteración dificulta el tratamiento temprano y satisfactorio de los casos; dicho requisito, por otra parte, debería matizarse en la definición de ciberacoso escolar, en el entendimiento de que el contenido lanzado a la red permanece en ella, salvo que se cancele, de modo que la victimización puede prolongarse en el tiempo con un solo acto<sup>30</sup>. Además de esto, no podemos obviar el hecho de que la personalidad de la (potencial) víctima también desempeña un papel importante en el proceso: habrá menores que muestren mayor resistencia ante el acosador, otros que se rebelen, algunos que se encierren en sí mismos, otros que pidan ayuda rápidamente, etc., por lo que un mismo tipo de conducta puede dar lugar a resultados distintos<sup>31</sup>. En resumidas cuentas, la compleja concreción de la reiteración dificulta acortar los plazos de resolución del conflicto, aunque, paradójicamente, lo deseable es que no se prolongue durante meses en tanto que el daño sufrido por la víctima y las secuelas serán más graves.

### **III. UNA SOLUCIÓN A CORTO PLAZO: VIGILAR LA CREACIÓN DE PERFILES EN REDES SOCIALES**

En el apartado anterior hemos hecho un breve apunte acerca de los ejemplos más paradigmáticos de problemas que surgen en esa tensa relación que une a menores y Nuevas Tecnologías. Obviamente, por motivos de espacio, no hemos profundizado en aspectos que tienen una inmensa relevancia jurídica. Así, entre ellos, podríamos destacar la incidencia que se produce en bienes jurídicos protegidos, algunos de ellos directamente desde el nivel constitucional, como los

---

<sup>30</sup> En otras palabras, la continuidad en el tiempo puede cumplirse con un solo acto que no se cancela o a través de múltiples actos.

<sup>31</sup> Surgen muchos interrogantes, derivados sin duda alguna de la complejidad de la materia. Hablaba Olweus de que, para entenderlo como acoso escolar, el conjunto de actos debe colocar a la víctima en una situación de indefensión. ¿Qué ocurre en los casos en los que el menor que recibe actos vejatorios lo pone en conocimiento de sus padres o tutores, que llevan a cabo una defensa efectiva de su posición? ¿No entenderíamos, en una situación como la descrita, que se trata de acoso escolar? Desde el punto de vista jurídico, la definición incluye medios, que ya de por sí pueden resultar ilícitos penales, pero también hay cierta dependencia del resultado de los mismos, de modo que las circunstancias personales de la (posible) víctima tienen una importancia capital, de ahí que la reiteración o la prolongación en el tiempo pueden, desde nuestro punto de vista, abarcar periodos de distinta naturaleza. El menor que oponga resistencia requerirá de una prolongación mayor para ser considerado una víctima; por el contrario, un menor que presente una personalidad más frágil podrá sentirse víctima de acoso en un breve lapso de tiempo.

mencionados derechos a la integridad física y la integridad moral o la libertad sexual, y el derecho a la educación, cuya vulneración en el caso del acoso y ciberacoso escolar sería interesante estudiar. Asimismo, resultaría muy conveniente también abordar estos problemas teniendo en cuenta la perspectiva de género, especialmente en delitos como el *grooming* o el *stalking*.

No obstante, en lo que aquí concierne, hemos apuntado cuatro problemas que tienen en común los dos ejes centrales propuestos: protección de menores de edad y Nuevas Tecnologías. Los estudios manejados apuntan a la necesidad de educar y prevenir, opción con la que no podemos más que estar de acuerdo. Lo ideal es, sin duda alguna, que los niños sepan utilizar los dispositivos móviles y las redes sociales de un modo responsable, conociendo en cada momento a qué riesgos se exponen, qué precauciones deben tomar y cómo actuar en caso de verse envueltos en algún problema, sea de la índole que sea. Por tanto, consideramos necesaria una implicación por parte de la sociedad, en general, y de los padres y madres o tutores, en particular. Es vital que los padres sepan qué hacen sus hijos en internet, qué redes sociales manejan y que ejerzan los deberes que les impone la patria potestad también en el ámbito virtual. No obstante, hemos de tener en cuenta que existe una brecha generacional, de modo que adultos que han conocido la tecnología a edades más avanzadas muestran a menudo un menor conocimiento sobre aspectos de la comunicación digital que sus hijos, que sí son nativos digitales y están creciendo plenamente inmersos en ese mundo. No es raro, en definitiva, encontrar padres que ignoren la existencia de redes sociales diferentes de las más conocidas (Facebook, Twitter, Whatsapp, Instagram, etc.), como pueden ser Ask.fm, Curiouscat.me o F3cool, por mencionar algunas.

La consecuencia evidente, por tanto, debe ser la necesidad de una implicación mayor por parte de la sociedad y de las familias. Asimismo, desde el punto de vista del legislador, se pueden pensar soluciones, como la de introducir contenidos sobre Nuevas Tecnologías en los distintos currículos educativos de un modo más decidido, o implementar programas de formación específica para el profesorado, a menudo más preocupado por la exigencia de otro tipo de actividades más alejadas de la que es (¿o deberíamos decir “debería ser”?) su actividad profesional.

Sin embargo, estas soluciones, necesarias por supuesto, comenzarían a dar resultados a medio o largo plazo. Un cambio social no es algo que se implemente en poco tiempo, sino que va surgiendo de forma paulatina, generalmente como consecuencia de algún grupo que, yendo en vanguardia de ciertas demandas, consigue que la sociedad las vaya adoptando como propias.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista hay un modo más factible a corto plazo para, si no solucionar problemas como el *grooming*, el *ciberstalking* o el ciberacoso escolar, sí conseguir invertir la tendencia al alza de estas conductas y hacer disminuir las cifras. El *grooming*, por ejemplo, consiste, como ya hemos dicho, en el acercamiento que un adulto realiza hacia un menor, generalmente a través de las redes sociales, con el objetivo de ganarse su confianza para posteriormente tratar de obtener beneficios, de distinto tipo, de naturaleza sexual. Este acercamiento se produce muy a menudo a través de la utilización de perfiles falsos, esto es, mediante la creación de un usuario que aparezca como de una edad similar a la de la propia víctima. Lo mismo se puede afirmar sobre el hostigamiento o el acoso escolar, conductas que, al producirse en el ámbito virtual, pueden valerse de la creación de perfiles falsos con el objetivo de dificultar la operación de denuncia y localización del agresor.

En la actualidad, para analizar el régimen legal de la prestación del consentimiento para el acceso a servicios digitales como las redes sociales, debemos acudir al Reglamento (UE) 2016/679 y a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD, en adelante). El Reglamento, en su art. 8.1, establece como edad mínima para prestar el consentimiento los 16 años, otorgando la posibilidad a los Estados miembros de rebajar el límite hasta los 13. España, haciendo uso de esta facultad, dispone en el art. 7.1 LOPD que el “tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”; en caso de ser menor de esta edad, el art. 7.2 LOPD establece que dicho tratamiento “solo será lícito si consta el [consentimiento] del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad”.

La normativa, de un modo evidente, no se está cumpliendo. Basta realizar una búsqueda inicial en el INE para observar que el porcentaje de niños y niñas menores de 14 años que cuentan con un teléfono móvil propio es bastante alto (más de un 65%). La edad media al inicio de los casos de ciberacoso escolar de víctima y victimario es de 12,2 años y 13,9 respectivamente, aunque de media, como ya hemos mencionado, estas situaciones se prolongan durante un año<sup>32</sup>.

Por otro lado, continuando con la cuestión de la edad, la realidad es que no se verifica de forma fehaciente quién presta el consentimiento. Crear un perfil en cualquier red social de las más utilizadas es una operación muy sencilla, pues consiste en introducir una dirección de correo electrónico válida y una fecha de nacimiento que implique haber cumplido los 14 años de edad<sup>33</sup>. No hay un control adicional, no se exige aportar un documento acreditativo de la edad del usuario. Por tanto, cualquier menor de 14 años que tenga la voluntad de crear un perfil en Instagram, por ejemplo, solo deberá realizar esa sencilla operación. Es más, en algunas, aun cometiendo el error aritmético que implique calcular mal la edad, bastará con refrescar el proceso de creación del usuario y se podrá volver a intentar con la misma dirección de correo electrónico. En definitiva, el filtro es bastante sencillo de burlar, de modo que sabemos que hay menores de 14 años con acceso a redes sociales sin ni siquiera estar necesariamente informado el titular de la patria potestad.

Además de esto, al crear el usuario no se exige ningún tipo de acreditación de la identidad, por lo que se pueden crear perfiles falsos sin ningún tipo de impedimento, propiciando un contexto idóneo para aquellos adultos que tengan la intención de cometer alguno de los delitos descritos en apartados anteriores o para menores que ciberacosen a algún compañero, por la aparición de una sensación de impunidad (que llegado el caso puede ser en cierta medida falsa en tanto que en Internet todo deja rastro) pero que, en definitiva, facilita la llegada de estos riesgos. En este punto, hay que destacar que los prestadores de servicios

---

<sup>32</sup> Estos datos están extraídos de FUNDACIÓN ANAR, “III Estudio sobre acoso escolar y ciberbullying según los afectados”, Madrid, 2018.

<sup>33</sup> Y en algunas ni siquiera esto. En Twitter, los términos y condiciones del servicio son bastante ambiguos, aunque parece exigir una edad mínima de 13 años. En TikTok, por su parte, se lee que los “Servicios y la Plataforma están destinados únicamente a personas de al menos 13 años de edad”, elevando este mínimo hasta los 18 en el caso de México.

se amparan en la protección de la libertad de expresión, bajo el pretexto de que se puede producir un efecto de desaliento, para no revelar los datos de sus usuarios. Se trata de una cuestión ya tratada por la doctrina<sup>34</sup> y la jurisprudencia<sup>35</sup> que, sin duda, viene a añadirle más complejidad a una materia ya difícil en sí misma.

No obstante, en lo que a nosotros respecta, entendemos que hay una solución sencilla para los prestadores de servicios, respetuosa sin duda con el “esfuerzo razonable” recogido en el art. 8.2 del Reglamento (UE) 2016/679<sup>36</sup>. Consiste en contrastar la identidad del usuario mayor de 14 años y verificar la del titular de la patria potestad del usuario menor de dicha edad y anclar al perfil creado el documento, obviamente con todas las cautelas que exige el derecho a la protección de datos. Entendemos que se producirían varios beneficios a corto plazo: disminuiría (o, incluso, desaparecería) la sensación de impunidad, los adultos no podrían falsear la edad del perfil, habría una identidad real detrás de perfiles anónimos o anonimizados<sup>37</sup> y, no perdamos de vista, los titulares de la patria potestad quizás se implicarían más en conocer con algo más de detalle dónde entran sus hijos (siempre desde una posición educadora y respetuosa, por supuesto). No es, obviamente, la única solución<sup>38</sup>, pero sí entendemos que no es en absoluto costosa de implantar, como ya han demostrado las casas de apuestas

---

<sup>34</sup> Véase por todos VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Libertad de expresión, anonimato y ciberespacio”, en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 301-325.

<sup>35</sup> Véanse las SSTC 200/1998, 153/2000 y 204/2001.

<sup>36</sup> El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

<sup>37</sup> No se trata de que no se puedan crear usuarios con identidades anonimadas (como los de usuarios conocidos de Twitter como Jurista Enloquecido o Teo Juez), ni siquiera que no se pueda crear un perfil directamente falso; se trata de que sea sencillo rastrear quién se encuentra realmente detrás de una cuenta de usuario en caso de ser necesario. El hecho de exigir una identidad real para crear un perfil no parece un esfuerzo excesivo para los prestadores de servicios ni tampoco para alguien que vaya a realizar un uso normal de los contenidos que la red social pone a su alcance.

<sup>38</sup> Para conocer otras propuestas, podemos acudir a BRITO IZQUIERDO, Noemí, “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, en *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 14, 2017, pp. 17-31; BARTOLOMÉ TUTOR, Aranzazu, *Los derechos de la personalidad del menor de edad: su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Aranzadi, Pamplona, 2015; y LAMBEA RUEDA, Ana, “Entorno digital, robótica y menores de edad”, en *Revista de Derecho civil*, vol. V, nº 4, 2018, pp. 183-232.

que operan *on line* o la propia Administración de Loterías y Apuestas del Estado.

#### **IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿POR QUÉ EL DERECHO CONSTITUCIONAL?**

La sociedad en la que vivimos está cambiando a una velocidad vertiginosa. El crecimiento de las Nuevas Tecnologías se produce a un ritmo mayor que las adaptaciones que ponen en marcha los ordenamientos jurídicos. Buena prueba de esto lo constituye el hecho de que, cuando todavía estamos debatiendo acerca de soluciones para situaciones como las descritas a lo largo de estas páginas, la revolución que va a suponer (o lleva suponiendo desde hace un tiempo) la Inteligencia Artificial ya está llamando a nuestra puerta.

En este contexto globalizado, en el que grandes empresas han conseguido aglutinar un gran poder económico, el paradigma de los derechos en general, y de los derechos fundamentales en particular, se mueve en terreno pantanoso. No cabe duda de que, en lo que a los prestadores de servicios digitales se refiere, derechos como la protección de datos, la intimidad o la propia imagen se ven continuamente puestos en peligro.

Partiendo de este contexto, el Derecho debe tratar de dar respuestas lo más rápidas y eficaces, dentro de sus posibilidades, a esta situación. Todas las ramas del ordenamiento deben participar en este debate, aportando las categorías necesarias para poner en liza soluciones efectivas. Entre ellas, la concurrencia del Derecho Constitucional debe ser incuestionable, a pesar de que desde la perspectiva civil, laboral o penal las conexiones se ven de una forma más directa. En nuestro caso, el constitucionalismo puede aportar una visión de conjunto que preste recursos encaminados a la protección de los derechos fundamentales. Este elemento, cuya importancia resulta evidente, gana exponencialmente en valor cuando los usuarios son menores de edad. Los niños y niñas de la actualidad viven “en” Internet, construyen su personalidad y crean su identidad en un ambiente cotidiano que mezcla con total naturalidad el contexto analógico y el digital. Este uso habitual de dispositivos móviles y redes sociales no va acompañado, en ocasiones, de una responsabilidad y una cautela adecuadas para afrontar con

seguridad los riesgos, circunstancia que se agrava si los padres o tutores no les prestan, por incapacidad o por negligencia, la atención necesaria. Para articular las garantías específicas respecto de los niños, es indispensable acudir a una categoría también especialmente relevante para los constitucionalistas como es el interés superior del menor.

Junto al paradigma de los derechos fundamentales y la figura del menor como sujeto titular de derechos para cuyo ejercicio debe recurrir a veces a otros actores, como los titulares de la patria potestad, se encuentra el hecho, ya comentado, derivado de la globalización, a saber, el de controlar poderes económicos cuya localización territorial lo dificulta. Este extremo se antoja más realizable si se afronta desde una perspectiva supranacional. España, Francia o Alemania, por citar algunos, van a encontrar mayor dificultad para limitar la actuación exorbitante de grandes empresas, por ejemplo, en sus respectivas jurisdicciones; en cambio, si es la Unión Europea la que actúa la tarea se presenta más sencilla. Este panorama multinivel es uno de los principales objetos de estudio del Derecho Constitucional Europeo, mostrándose a la vanguardia del análisis de estas materias.

En conclusión, es interesante sumar cuantas más disciplinas al estudio de los problemas aquí descritos (y otros simplemente mencionados por razones de oportunidad), entre ellas, sin duda alguna, la del Derecho Constitucional, cuya perspectiva de conjunto y experiencias a lo largo de los últimos dos siglos pueden aportar un punto de vista diferente, pero necesario.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BARTOLOMÉ TUTOR, Aranzazu, *Los derechos de la personalidad del menor de edad: su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

BRITO IZQUIERDO, Noemí, “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, en *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 14, 2017, pp. 17-31.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 10/2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, 2005.

FUNDACIÓN ANAR, “I Estudio sobre ciberbullying según los afectados”, Madrid, 2017.

FUNDACIÓN ANAR, “III Estudio sobre acoso escolar y ciberbullying según los afectados”, Madrid, 2018.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *Sociedad digital en España 2018*, 2019.

GARCÍA GUILABERT, Natalia, *El ciberacoso. Análisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la Teoría de las actividades cotidianas*, Edisofer, Madrid, 2017.

INTECO, “Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo”, 2011.

LAMBEA RUEDA, Ana, “Entorno digital, robótica y menores de edad”, en *Revista de Derecho civil*, vol. V, nº 4, 2018, pp. 183-232.

LLORIA GARCÍA, Paz, “La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento (a propósito de la Sentencia 70/2020 del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020)”, en *La Ley privacidad*, nº 4, 2020.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MERINO GONZÁLEZ, Joan, “El acoso escolar-bullying. Una propuesta de estudio desde el análisis de redes sociales (ARS)”, en *ICEV. Revista d’Estudis de la violència*, nº 4, 2008.

MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup> del Carmen, “Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de ‘child grooming’: aspectos más significativos de las reglas concursales”, en *La ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 136, 2019.

OLWEUS, Dan, *Bullying at schools. What we know and what we can do*, Blackwell, Cambridge-USA, 1993.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y PUJOLS PÉREZ, Alejandra, “Fenomenología del acoso predatorio en España e implicaciones jurídicas derivadas”, en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (dir.), *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2019.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y PUJOLS PÉREZ, Alejandra, “Prevalencia y dinámica de la victimización por *stalking* en población universitaria”, en *Revista española de Investigación Criminológica*, nº 15, 2017, pp. 1-27.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Predadores sexuales *online* y menores: *grooming* y *sexting* en adolescentes”, en *e-Eguzkilore. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa-Revista electrónica de ciencias criminológicas*, nº 2, 2017.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Libertad de expresión, anonimato y ciberespacio”, en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 301-325.



## CAPÍTULO XIX

### Publicidad del juego online y menores: reflexiones críticas sobre la actual regulación

*Pablo Muruaga Herrero*<sup>1</sup>

*Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED (ESPAÑA)*<sup>2</sup>

**SUMARIO: I. NOTAS INTRODUCTORIAS. II. CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA: BREVES REFERENCIAS. 1. Concepto de juego y apuesta. 2. El contrato de juego y apuesta. 3. Marco regulatorio. III. LOS MENORES Y EL JUEGO. IV. LA PUBLICIDAD DEL JUEGO. V. EL FENÓMENO DE LAS LOOT BOXES. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

#### I. NOTAS INTRODUCTORIAS

‘Pero’ es una conjunción adversativa utilizada, según el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, “para contraponer a un concepto otro diverso o ampliativo del anterior”, es decir, dicho simple y llanamente: permite introducir una excusa. Precisamente por ello, en noviembre de 2022, el Ministerio de Consumo de España lanzó una campaña titulada ‘#PERO’ para alertar de la adicción al juego en nuestro país, utilizando esa conjunción como símbolo de las excusas que la sociedad y sus miembros se autoimponen y utilizan para justificar las horas, el tiempo y la salud invertidos -o malgastados, según se quiera ver- en el juego.

---

<sup>1</sup> N.º ORCID: 0000-0003-2141-1813.

<sup>2</sup> Máster en Acceso a la Abogacía.

Afirmaba Huizinga que “el juego es más viejo que la cultura; pues, por mucho que estrechemos el concepto de esta, presupone siempre una sociedad humana, y los animales no han esperado a que el hombre les enseñara a jugar”<sup>3</sup>. Se sabe que en torno al 3.000 a.C. en China se practicaban diversos juegos de azar, pero no fue hasta la antigua Roma cuando verdaderamente se popularizaron estos juegos durante las Saturnales, momento en el que el Derecho comenzó a preocuparse de su regulación<sup>4</sup>. Ahora bien, el juego ha continuado desarrollándose en nuestras sociedades, vestido con un hábito de *glamour*, divertimento, ocio y felicidad<sup>5</sup>. Empero por mucho que pretendamos revestirlo con tales *trapos*, el juego no es ninguna arcadia, razón por la cual el legislador comenzó a establecer mecanismos legales que garantizaban a los jugadores el cobro de lo ganado o medidas de seguridad para proteger a quienes más perjuicios podrían sufrir como consecuencia de aventurarse en ruletas o envites<sup>6</sup>.

No obstante, quizá este último cometido no haya conseguido cumplirse de un modo satisfactorio. Los datos, cuando menos, son alarmantes: en torno a un 3,50 % de la población española de entre 15 y 64 años es adicta al juego. Ahora bien, quizá haya un aspecto más preocupante que dicho porcentaje: los menores. Casi el 50,00 % de los jugadores *online* son menores de 25 años, más del 20,00 % de los estudiantes de entre 14 y 18 años juegan de manera habitual y en torno al 3,50 % de dicha franja de edad presenta un juego problemático<sup>7</sup>. El juego es cada vez más un problema en nuestra sociedad, golpeando duramente a uno de los grupos más vulnerables que hay a nuestro alrededor.

---

<sup>3</sup> HUIZINGA, Johan, *Homo Iudens*, Ed. Alianza, Madrid, 2007, p. 11.

<sup>4</sup> Vid. DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, “El origen histórico del contrato de juego”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 2, 2002, pp. 285-287. Fue en esta época cuando aparecieron, entre otras, la *lex alearia* o la *lex quae de alea est* que, en cierto modo, han llegado hasta nuestros días.

<sup>5</sup> MURUAGA HERRERO, Pablo, “El glamour de las apuestas on-line: consumidores y cláusulas abusivas”, *Actualidad civil*, nº 11, 2022: [www.revistas.laley.es](http://www.revistas.laley.es) [Última consulta: 29 de diciembre de 2022].

<sup>6</sup> A pesar de los numerosos intentos, sigue siendo una de asignaturas pendientes del legislador. Vid. BAIXAULI PUIG, María *et al.*, “La vulnerabilidad del menor ante el acceso a los juegos de azar”, *Revista Española de Drogodependencia*, nº 43, 2017, pp. 90-91.

<sup>7</sup> *Informe sobre adicciones comportamentales 2021*, Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas: <https://www.pnsd.sanidad.gob.es> [Última consulta: 2 de enero de 2023]; *Informe sobre trastornos comportamentales 2022*, Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas: <https://www.pnsd.sanidad.gob.es> [Última consulta: 2 de enero de 2023].

El 29 de mayo de 2011 entró en vigor en España la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego -en adelante, Ley 13/2011- con el propósito de dotar a esta importante actividad de un régimen jurídico completo y actualizado<sup>8</sup>. En su preámbulo se señalaba que uno de sus “objetivos ineludibles” era la “tutela y protección social de los menores” y en su artículo primero se incidía en la idea de que, entre sus fines, se encontraba “prevenir las conductas adictivas [y] proteger los derechos de los menores”. Es decir, entre sus objetivos estaba proteger a los menores a través de una serie de instrumentos normativos que pretendían, en definitiva, evitar que los menores jugasen. O, por lo menos, esos eran sus objetivos teóricos.

El juego no deja de ser un negocio y como tal debe atraer a los posibles clientes, es decir, a los futuros jugadores. Entre las formas de atraerlos destaca -destacaba y destacará- la publicidad, en sus diferentes modalidades, pues se trata de una de las formas más efectivas de atraer a las personas hacia cualquier producto o servicio. Por tal razón, el legislador decidió incidir en ella de manera directa y notable, con gran cantidad de medidas que pretendían proteger a los menores y que los mismos no se vieran atraídos mediante publicidad de, *verbi gratia*, casinos *online* o apuestas deportivas.

Pero, a la vista de los datos recientes, el juego, sobre todo, *online*, en los menores está aumentando a un ritmo extraordinario, debido, entre otros factores, a la publicidad, hasta el punto de que expertos de los campos de la psiquiatría y psicología consideran que la adicción al juego en un corto periodo temporal será la mayor afección psicológica de la sociedad. Todo ello lleva necesariamente a cuestionarnos si la actual regulación del juego en relación con la protección de los menores, en concreto, en lo relativo a la publicidad, está siendo una regulación efectiva o si, por el contrario, nos encontramos ante una extensa normativa de protección ante el juego que es incapaz de proteger a un grupo tan vulnerable como son estos menores. ¿Por qué razón ponemos tantos peros a su efectiva protección?

---

<sup>8</sup> No obstante, no ha dejado de ser un trabajo incompleto y fragmentario, entre otros motivos, por la dispersión normativa existente en la materia, encontrándose regulada en normativa estatal de diversa índole -desde el Código Civil hasta ordenanzas ministeriales- y autonómica.

## II. CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA: BREVES REFERENCIAS

### 1. Concepto de juego y apuesta

La regulación de nuestro país tradicionalmente no ha distinguido de manera clara entre el juego y la apuesta, siendo la doctrina quien intentó acometer tal tarea, aunque no con notables resultados, pues

“se aplicó largamente a tratar de resolver el rompecabezas de esta distinción entre el juego y la apuesta. Sus tenaces esfuerzos han dado, sin embargo, unos resultados muy escasos y muy poco satisfactorios. Se han elaborado a propósito de esta distinción un gran número de disquisiciones no faltas de ingenio y de sutileza, pero todas ellas incapaces de salir del círculo vicioso dentro del cual se mueven”<sup>9</sup>.

De esta suerte, para distinguir uno y otro, la mayoría de la doctrina se decantó por el criterio romanista, es decir, según en el resultado del evento incierto intervinieran o no las partes. Ahora bien, estos esfuerzos fueron poco fructíferos, puesto que nuestra legislación apuntaba hacia una regulación totalmente unitaria de ellos<sup>10</sup>. Esta situación ha cambiado hasta cierto punto con la Ley 13/2011, cuyo artículo 3 define ambos conceptos<sup>11</sup> y aunque no zanje la cuestión de las

---

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “El juego y la apuesta en el Derecho Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 460, 1967, p. 724.

<sup>10</sup> Artículo 1799 CC: “Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable a las apuestas. Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos”. *Vid.* GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Artículo 1799”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1740 a 1808. Tomo XXII* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel), Edersa, Madrid, 1982: <https://app.vlex.com> [Última consulta: 29 de diciembre de 2022]: “Sus diferencias resultan irrelevantes al establecer su régimen jurídico que se impone con carácter uniforme a ambos”. Sobre los diversos criterios diferenciadores de la apuesta y el juego, *vid.*: LÓPEZ MAYA, Sebastián, *El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur menor, 2011, pp. 25-28.

<sup>11</sup> Artículo 3.a y c Ley 13/2011: “Se entiende por juego toda actividad en la que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma sobre resultados futuros e inciertos, dependientes en alguna medida del azar, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar. Los premios podrán ser en metálico o especie dependiendo de la modalidad de juego. [...] Se entiende por apuesta, cualquiera que sea su modalidad, aquella actividad de juego en la que se arriesgan cantidades de dinero sobre los resultados de un acontecimiento previamente determinado cuyo desenlace es incierto y ajeno a los participantes, determinándose la cuantía del premio que se otorga en función

diferencias de manera clara, sí que da ciertos apuntes para ello y, sobre todo, determina que la apuesta es una especie del género 'juego' por lo que toda apuesta será juego<sup>12</sup>.

## **2. El contrato de juego y apuesta**

Siguiendo la estela de lo señalado, nuestras normas, como el Código Civil, tradicionalmente han omitido la definición del contrato de juego y apuesta, siendo otra vez la doctrina quien tuvo que acometer tal tarea. En este sentido, Albaladejo García los definió de manera conjunta como aquel contrato por el que “las partes se obligan a que la que pierde en el juego o yerre en la apuesta de que se trate, realice determinada prestación a favor de la que gane o acierte”<sup>13</sup>. No obstante, actualmente el artículo 2.III del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego -en adelante, RD 1614/2011- define el contrato de juego como “el negocio jurídico bilateral celebrado entre el participante y un determinado operador de juego y al que quedan vinculados los registros de usuario y las cuentas de juego”<sup>14</sup>.

No obstante, lo que no plantea dudas es que, a pesar de ser una materia sometida a un férreo control por las normas administrativas, se trata de un contrato y como tal le serán de aplicación las normas del Código Civil, no solo las específicas, sino, también, la teoría general de los contratos regulada en él, salvo que en algún caso concreto por excepción se dispusiere lo contrario.

---

de las cantidades arriesgadas u otros factores fijados previamente en la regulación de la concreta modalidad de apuesta”.

<sup>12</sup> *Vid.* ALGARRA PRATS, Esther, *El contrato de juego y apuesta*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 15-16. Señala, no obstante, que la gran mayoría de la doctrina civilista terminó decantándose por entender que al derecho únicamente le interesaba la apuesta sobre el juego y no el juego en sí.

<sup>13</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 831.

<sup>14</sup> Aunque esta definición es también aplicable al contrato de apuesta, dada la relación de género-especie existente: MURUAGA HERRERO, Pablo, *loc. cit.* [Última consulta: 5 de enero de 2023].

### 3. Marco regulatorio

Como ya se ha indicado *ut supra*, la regulación del juego en España se encuentra dispersa en numerosas normas tanto autonómicas como estatales, lo cual añade un punto de complejidad a una cuestión ya de por sí no exenta de facilidades<sup>15</sup>. De esta suerte, coexisten normas de derecho privado, otras de derecho público estatales y, finalmente, de derecho público autonómicas. Por tal razón, a los efectos de estas páginas, nos centraremos en el juego que queda dentro del ámbito de aplicación de la Ley 13/2011. Ahora bien, aunque *de iure* tal ámbito viene referido al juego estatal sin diferenciar las diversas modalidades, *de facto* tal ley se aplicará cuasi de manera exclusiva al juego *online*, debido a las competencias autonómicas sobre la materia<sup>16</sup>. En este sentido, el artículo 1 de la ley dispone que la misma se aplicará, entre otros, al juego “cuando se realice a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales deberán tener un carácter accesorio”. A esta norma, hemos de añadir el mencionado RD 1614/2011 que recoge en los artículos 32 y siguientes el contenido del contrato, así como las diversas obligaciones de los operadores del juego y de los participantes.

No obstante, estas normas regulan principalmente el contenido de carácter administrativo de la actividad del juego en nuestro país -a excepción del citado RD 1614/2011, cuyo contenido abarca ambas materias-, señalándose, no obstante, que las relaciones entre los jugadores -también, apostantes- y los operadores del juego serán relaciones de “carácter privado”, por lo que deberemos tener en cuenta, en todo caso, la normativa que regule tales relaciones. Por ello, debemos acudir necesariamente al Código Civil, que esconde en su interior una decimonónica y obsoleta regulación del juego que requiere que sea

---

<sup>15</sup> Vid. ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “Internet y contrato de juego. El juego on line y la regulación del contrato de juego y apuesta en el derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 2, 2015, pp. 334 y ss.

<sup>16</sup> Vid. CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, “Hacia un estatuto básico del participante en las actividades del juego. Derechos y prohibiciones subjetivas”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar* (coord. HERRÁIZ SERRANO, Olga), La Ley, Madrid, 2012, pp. 210-215. Así, se ha llegado a sostener por algunos autores que, a pesar de que se indica que se aplica a toda clase de juegos, su regulación parece que esté pensada única y exclusivamente para regular el juego *online*: ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “Internet y contrato de juego...”, *op. cit.*, p. 341.

interpretada conforme a la nueva realidad marcada por la Ley 13/2011<sup>17</sup>, regulación que, en todo caso, olvida la figura fundamental de la relación contractual: el jugador.

Por otro lado, además, este tipo de contratos, conforme al RD 1614/2011, son contratos de adhesión<sup>18</sup>, resultando de aplicación el contenido de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación -en adelante, LCGC-. Y cuando el jugador o jugadores sean consumidores<sup>19</sup> deberemos tener en cuenta el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias -en adelante, TRLGDCU-.

Por último, pero no por ello menos importante, hemos de hacer expresa mención al Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego -en adelante, RD 958/2020-, que viene a desarrollar los artículos 7 y 8 de la Ley 13/2011 y que establece algunas de las claves para entender la política protectora en relación con los jugadores.

### **III. LOS MENORES Y EL JUEGO**

En cuanto a los menores, hay dos preceptos legales que son clave para entender la relación entre aquellos y el juego. En primer lugar, el artículo 6 de la Ley 13/2011 regula las prohibiciones objetivas y subjetivas y, en concreto, en su segundo apartado se dispone que “[d]esde un punto de vista subjetivo, se prohíbe la participación en los juegos objeto de esta Ley a: a) Los menores de edad...”. En segundo lugar, el artículo 1263 CC que dispone que “[l]os menores de edad no

---

<sup>17</sup> Vid. HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, “Las cláusulas abusivas de anulación unilateral de las apuestas on line”, en AA.VV.: *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* (dir. MORILLAS CUEVA, Lorenzo), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 481-482. Señalaba ALGARRA PRATS que la nueva ley “no derog[ó] los preceptos del Código Civil, sino que obliga a interpretarlos de conformidad al conjunto del ordenamiento jurídico”: ALGARRA PRATS, Esther, *El contrato de juego y apuesta...*, op. cit., p.179.

<sup>18</sup> Vid. LÓPEZ MAYA, Sebastián, *El contrato de juego y apuesta en el...*, op. cit., p. 140. Artículo 31.1 RD 1614/2011: «1. El contrato de juego tiene la naturaleza de los contratos de adhesión y se formalizará por la aceptación expresa del participante de las cláusulas del mismo».

<sup>19</sup> Sobre la condición de consumidor en el juego, véase mi obra citada: MURUAGA HERRERO, Pablo, *loc. cit.* [Última consulta: 5 de enero de 2023].

emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

Resulta claro al leer el citado artículo 6 que los menores tienen prohibido jugar o apostar en aquellos juegos que queden bajo el ámbito de aplicación de la mencionada ley -sin entrar en la disquisición de si los menores emancipados podrían o no jugar y apostar<sup>20</sup>-. Ahora bien, aunque no nos adentremos en ello por no ser nuestro propósito, por lo menos, debemos reflexionar acerca del alcance de los “usos sociales” del artículo 1263 CC, definidos por Linacero de la Fuente como “actos de cortesía o de mera rutina, sin trascendencia normativa”<sup>21</sup>. Pero ¿cómo deben ser interpretados en el marco de dicho artículo? García Vicente señala que “los usos sociales determinarán el elenco de casos en que es socialmente aceptado o es práctica común admitir la celebración autónoma de contratos por los menores”<sup>22</sup> y, por lo tanto, en tales supuestos los menores sí que podrán prestar válidamente el consentimiento. Una cosa es que los menores tengan prohibido participar en una serie de juegos o apuestas y otra distinta es si tienen capacidad para contratarlos. No obstante, el incesante aumento del juego en menores, a pesar de la prohibición, hace que uno se replantee si llegará un momento en el que los usos sociales admitirán que los menores apuesten o jueguen en casinos o máquinas tragaperras.

Si la razón de esta prohibición, que es terminante, es que los menores deben ser protegidos de lo que puede ser perjudicial para ellos y si la sociedad efectivamente comparte tal fundamento, ¿no debería ella ser tajante en su negativa al juego de

---

<sup>20</sup> En contra de que puedan jugar: PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería”, en AA.VV.: *Tratado de contratos, T. III* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 4663 y ss.

A favor de que puedan jugar: GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Artículo 1798”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1740 a 1808. Tomo XXII* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel), Edersa, Madrid, 1982: <https://app.vlex.com> [Última consulta: 10 de enero de 2023]. Respecto de la repetición regulada en este artículo señala: “Scaevola, estima que debe equipararse a estos efectos el emancipado al menor de edad, lo que no me parece se desprenda del actual artículo 323 del Código”.

<sup>21</sup> LINACERO DE LA FUENTE, María, *Derecho Civil I. Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 124.

<sup>22</sup> GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Artículos 1263-1264”, en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 967.

menores para evitar que se convierta en un uso social que un adolescente apueste o juegue?

#### **IV. LA PUBLICIDAD DEL JUEGO**

El artículo 2 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad -en adelante, Ley 34/1998- define el término “publicidad” como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”; y, en concreto, en cuanto a la actividad del juego, debemos acudir al RD 958/2020, en el que se establecen una serie de medidas concretas para proteger a los colectivos más vulnerables, entre los que destacan los menores<sup>23</sup>, debiendo ser interpretados actualmente conforme a lo establecido en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación -en adelante, Ley 13/2022-

En este sentido, es el artículo 11 el encargado de regular tal cuestión, prohibiendo la comunicación comercial que tenga por destinatario directo o indirecto un menor, estableciendo, como *numerus apertus*, una *batería* de prohibiciones que tienen por objetivo evitar que la publicidad de los operadores del juego pueda llegar a tener como público objetivo un menor o que pueda inducir a jugar a los menores. Entre todas ellas podemos destacar, *verbi gratia*, las contenidas en las letras e) y h) que disponen que estarán prohibidas aquellas comunicaciones comerciales que “presenten la práctica del juego como una señal de madurez o indicativa del paso a la edad adulta” o que “se difundan o emplacen en el interior o exterior de salas u otros espacios destinados al público, cuando en los mismos se desarrollen proyecciones de obras cinematográficas o representaciones teatrales o musicales a los que pueden acceder menores de edad”.

---

<sup>23</sup> No obstante, debemos advertir que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 7.2. de la Ley 13/2011, el cual habilita a este RD: ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:11315A).

Y he querido destacar estas dos prohibiciones por una pequeña -quizá, insignificante- contradicción. La función principal de la publicidad es atraer al posible cliente hacia un producto, servicio o experiencia y, por tal razón, para evitar que un menor termine jugando, se prohíbe tal publicidad. ¿Por qué, entonces, no se hace lo mismo con todo aquel contenido cultural que presente el juego como algo habitual, como el paso a la edad adulta o como algo divertido? Actualmente, el artículo 9 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine dispone que

“1. Las calificaciones que hayan obtenido las películas cinematográficas y demás obras audiovisuales en España, de acuerdo con la obligación de calificación establecida en el artículo anterior, deben hacerse llegar a conocimiento del público, a título orientativo. [...] 2. Las películas y demás obras audiovisuales de carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia serán calificadas como películas «X». La exhibición pública de estas películas se realizará exclusivamente en las salas «X», a las que no tendrán acceso, en ningún caso, los menores de 18 años [...]”.

Las calificaciones de edad son recomendaciones y un menor perfectamente puede acceder a ver una película “no recomendada para menores de 18 años”. Únicamente sobre las calificadas como “películas «X»” recae una prohibición expresa de que un menor no pueda verla. ¿Hay alguna película sobre el juego que haya recibido *tal galardón*? Esta es la calificación en España de algunos de los títulos relacionados con el juego más míticos: *Ocean’s Eleven*, “Apta para todos los públicos”; *El Golpe*, “Apta para todos los públicos”; *Gilda*, “No recomendada para menores de trece años”; *El color del dinero*, “Apta para todos los públicos”; *Molly’s Game*, “No recomendada para menores de dieciséis años”; *007: Casino Royale*, “No recomendada para menores de doce años”; etc.

En cambio, en el ámbito lector, no existen ni tan siquiera estas recomendaciones. Así, cualquier menor podría leer *El bar de las grandes esperanzas* de J.R. Moehringer, aunque en él se narre el jugar y apostar como el verdadero paso de la niñez a la madurez y su portada, en la edición en castellano, sea el retrato de un niño. ¿Por qué no se permite que un menor pueda ver un anuncio con tal temática y, en cambio, sí que puede leer o ver una película sobre ello? ¿Por qué

en este concreto ámbito recae el peso de la protección de los menores sobre los padres o tutores? ¿Es menos perjudicial ver jugar en una película que en un anuncio?<sup>24</sup>

Por otro lado, el artículo 123 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación audiovisual, en relación con los artículos 20 y 22 del RD 958/2020<sup>25</sup>, dispone en sus apartados séptimo y octavo que

“7. La comunicación comercial audiovisual relacionada con los juegos de azar y apuestas solo podrá emitirse entre la 1:00 y las 5:00 horas, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 8 y dentro del respeto a los principios de protección de menores, responsabilidad social y de juego responsable o seguro en los términos previstos en la normativa sectorial reguladora de las comunicaciones comerciales de ese tipo de juegos. Sólo podrá realizarse comunicación comercial audiovisual relacionada con juegos de azar y apuestas de aquellas entidades que cuenten con título habilitante para realizar esta clase de actividades en España.

En cualquier caso, se prohíbe la comunicación comercial audiovisual relacionada con juegos de azar y apuestas cuando sea emitida junto a programas dirigidos a una potencial audiencia infantil.

8. La comunicación comercial audiovisual relacionada con los juegos de azar y apuestas se podrá emitir excepcionalmente fuera del horario

---

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, piénsese en cuántos perros de la raza Pastor Alemán, San Bernardo, Gran Danés o Akita Inu se compraron tras ver *Rin Tin Tin*, *Beethoven*, *Marmaduke* o *Siempre a tu lado*, *Hachiko*; o cómo influyó en Estados Unidos la película *Grease* en la venta de productos capilares masculinos; o cómo *Regreso al futuro* despertó las ganas de adquirir un DeLorean, a pesar de que ya no se fabricaba; o cómo se disparó la venta de patatas fritas Bonilla tras aparecer en la película *Parásitos*; o cómo la película *Fiebre del sábado noche* consiguió que los Bee Gees vendieran más de veinte millones de copias de discos; o cómo *Ray-Ban* aumentó las ventas de sus míticas gafas de sol tras lucirlas Tom Cruise en *Top Gun*; etc.

<sup>25</sup> Artículo 20.I RD 958/2020: “Las comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de comunicación audiovisual relativas a apuestas mutuas, a loterías instantáneas y al juego de bingo no podrán emitirse dentro de las franjas horarias de protección reforzada establecidas en el artículo 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, ni tampoco en los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específica o principalmente al público infantil”.

Artículo 22 RD 958/2020: “En los servicios de comunicación audiovisual las comunicaciones comerciales relativas a juegos de lotería de efecto diferido, incluidas las de carácter ocasional, así como las relativas a rifas, no podrán emitirse en los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específica o principalmente al público infantil”.

establecido en el apartado anterior siempre que así se determine en la normativa sectorial reguladora de la publicidad sobre este tipo de juegos, en los siguientes supuestos: a) Las comunicaciones comerciales relativas a juegos de lotería. b) Las comunicaciones comerciales de aquellos tipos de juego que por sus características estructurales tengan un menor nivel de afectación frente a los riesgos de la actividad de juego”.

Si acudimos a la disposición adicional tercera del mencionado Real Decreto en ella se establece que:

“[e]n atención al fomento de fines de interés general en actividades, entre otras, de carácter social, cultural y deportivo que realiza como consecuencia de su naturaleza jurídico-pública, a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción relativas a actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A., incluidas las efectuadas en redes sociales, no les resultarán aplicables las disposiciones previstas en el Título I del presente Real Decreto, siempre que en dichas comunicaciones no haya referencias a la actividad o a productos de juego”.

Si el objetivo de estas prohibiciones es evitar que los menores jueguen, ¿por qué permitimos que un determinado juego, *nuestra querida lotería*, sí que emita publicidad en, *verbi gratia*, televisión? Es más, la disposición adicional primera de esta norma dispone que “[n]o se considerará incompatible con lo dispuesto en el presente RD la participación de los miembros de la «Residencia-Internado San Ildefonso» o de otros establecimientos de beneficencia o instituciones en la celebración de los sorteos de Lotería Nacional en que tradicionalmente viniesen participando, ni la denominación «Sorteo de El Niño»”. ¿La tradición ha de estar por encima de la protección?

El anuncio -tres, en realidad- de Loterías y Apuestas del Estado de la Navidad del año 2022 destacaba tres ideas: honestidad, inclusión social y compañerismo. En definitiva, tres valores que, de un modo u otro, acabamos relacionando con el juego. Lo más probable es que si a cualquier persona se le pregunta por la lotería de Navidad responda algo relacionado con: i. los niños cantando los premios; ii.

el compartir décimos; iii. los anuncios míticos de esta empresa. ¿Por qué a unas empresas sí y a otras no?

O, en relación con esta tradición en nuestro país, ¿cuántos menores venden de manera habitual participaciones de décimos para sufragar viajes de fin de curso, gastos de sus clubes de deporte o de cualquier otra actividad lúdica? ¿Qué es más perjudicial para un menor: visionar un anuncio de apuestas deportivas o criarse en una sociedad que avala, fomenta, tolera y normaliza la compra y participación en la lotería?

¿Qué justifica un tratamiento más benigno con unos u otros? Se afirmaba en la disposición adicional tercera citada que no se aplicaban tales prohibiciones a Loterías y Apuestas del Estado “en atención al fomento de fines de interés general en actividades, entre otras, de carácter social, cultural y deportivo”. Según cifras de la propia entidad, en el año 2021, tuvieron unas ventas de más de nueve mil millones de euros, lo que implicó que ingresara en el Tesoro Público una cantidad de casi tres mil millones. ¿Qué cantidad dedicó a fines sociales? La paupérrima cifra de veintisiete millones novecientos mil euros<sup>26</sup>. Si una entidad dedicada a las apuestas deportivas dedicara un 0,90 % de sus beneficios, como hace Loterías y Apuestas del Estado, a fines sociales ¿podría publicitar en televisión, a prácticamente cualquier hora, su negocio? Si lo que se quiere realmente es proteger a los menores y asumiendo que el camino a seguir es el carácter tuitivo del Estado ¿no sería más conveniente la prohibición de cualquier tipo de anuncio relacionado con el juego con independencia de quién fuera el operador de juego concreto?

Finalmente, hemos de hacer mención a la publicidad en redes sociales, *lugar* que los menores cada vez frecuentan más asiduamente y con una edad más baja. El artículo 26.1 del RD 958/2020 dispone que

“1. Las entidades que difundan comunicaciones comerciales de los operadores de juego en redes sociales con perfil de usuario solo podrán hacerlo en aquellas que dispongan de: a) Instrumentos para evitar que esas

---

<sup>26</sup> Datos disponibles en: <https://www.loteriasyapuestas.es/es/selae-en-cifras> [Última consulta: 10 de enero de 2023].

comunicaciones se dirijan a menores de edad. b) Mecanismos de bloqueo u ocultación de anuncios emergentes por parte de sus usuarios. c) Herramientas que permitan segmentar el público al que se dirigen esas comunicaciones comerciales en alguno de los modelos previstos en el apartado 2”.

Este artículo presenta una serie de incógnitas. En primer lugar, ¿qué debemos entender por “instrumentos para evitar que esas comunicaciones se dirijan a menores de edad”? Así, ¿podríamos entender que el registro de un usuario en, *verbi gratia*, Instagram es suficiente? ¿O, por el contrario, para poder publicitar en una red social será necesario que el usuario se registre a través de algún documento oficial que pueda ser comprobado y verificado?<sup>27</sup> En mi modesta opinión, mientras no pueda conocerse la identidad real del usuario y verificarla de algún modo concreto no podrá entenderse cumplido este primer requisito. No obstante, podríamos entender -aunque ello sea discutible-, dada la vaguedad de los términos, que desde el momento mismo en que para registrarse en una red social se exige que se den los datos reales, aunque no se verifiquen oportunamente, y que el usuario asume la responsabilidad por los suministrados, que la red social ha cumplido con este primer requisito y que, por tanto, sí que sería posible publicitar juegos y apuestas en su plataforma. Si bien, siguiendo una argumentación en contrario, podríamos considerar que la red social no ha actuado con la diligencia debida para cerciorarse de tal resultado. Con todo, creo que los términos empleados y, en general, la regulación de las redes sociales plantea unas dudas que favorecen, hasta cierto punto, la desprotección de los menores en relación con el juego.

En segundo lugar, respecto de los “mecanismos de bloqueo u ocultación de anuncios emergentes por parte de sus usuarios”, ¿sería suficiente con la opción que permite en Instagram ocultar un anuncio o una publicación recomendada, una vez ya vista? Si el objetivo es proteger, una vez visto el anuncio ya se pueden sufrir una *serie de perjuicios*, por lo que, quizá, debería establecerse la función de

---

<sup>27</sup> Este es el mecanismo utilizado por las casas de apuestas *online*.

no ver determinada publicada *ex ante* y en tal caso debiera entenderse cumplido este segundo requisito.

En tercer lugar, en cuanto al tercero de los requisitos, ¿podríamos entender que el conocido *algoritmo* de Instagram es una herramienta que permitiría segmentar al público? ¿O sería necesario que el operador del juego conociera efectivamente el mecanismo de dicha herramienta? El actual funcionamiento de esta herramienta es desconocido para los usuarios con independencia de que se sea una marca, una empresa o un particular. En caso de que se desconozca su funcionamiento, en caso de que el algoritmo falle y terminara enviando la comunicación a un menor, ¿sería responsable de tal publicidad el operador del juego que publicita determinado contenido o la red social en la que tiene lugar tal actuación y que es la que controla el algoritmo y su operativa?

En definitiva, esta regulación tiene por objetivo claro evitar que en redes sociales donde participan menores -aunque los términos de algunas de ellas no permitan la creación de cuentas a estos sujetos- haya anuncios de juegos y apuestas. Y creo que hasta cierto punto se ha conseguido. Actualmente, en estas redes sociales es difícil encontrar un perfil oficial relacionado con el juego<sup>28</sup>, lo cual demuestra que la prohibición ha sido efectiva, aunque no, quizá, sus efectos, pues, como se señalaba al principio, cada vez los menores juegan más, de manera más habitual y continuada y arriesgando mayores cantidades.

Encontramos en la normativa otras prohibiciones de no menor importancia. Así, el artículo 15.1 del RD 958/2020 dispone que “[s]e prohíbe la aparición en las comunicaciones comerciales de personas o personajes de relevancia o notoriedad pública, sean aquellos reales o de ficción”, salvo una serie de excepciones. La razón de esta prohibición es evitar que por admiración, imitación o idolatría se juegue o apueste, para evitar que el destinatario de tal publicidad juegue porque determinada persona o personaje lo haga. ¿Por qué no se hace lo mismo con las películas que pueden ver menores de edad?<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> En la mayoría de ellos sale un mensaje del siguiente tipo: “Este perfil no está disponible en tu región”.

<sup>29</sup> Sin entrar en la no menos interesante cuestión de si no permitir que personajes públicos aparezcan en este tipo de publicidad puede considerarse una limitación no justificada del artículo

Por otro lado, el artículo 12 establece una serie de prohibiciones relacionadas con las actividades de patrocinio que *grosso modo* impiden que un operador del juego patrocine visiblemente cualquier evento o actividad, lo que implica que *de facto* una casa de apuestas deportivas no puede patrocinar a un equipo de fútbol o baloncesto. Digo *de facto* porque en la realidad pueden ser patrocinadores de ciertos eventos, pero las restricciones que establece tal artículo son tan elevadas que hacen prácticamente imposible, desde un punto de vista lógico empresarial, que un operador de juego los patrocine.

Sería interesante comparar esta regulación con la de otras actividades como el consumo de alcohol o tabaco. Desde 1998, la Ley 34/1998 no ha permitido el anuncio en televisión, por ejemplo, de bebidas alcohólicas con una graduación superior a 20º, aunque tras la aprobación de la Ley 13/2022 se pueden emitir en la franja horaria de 01:00 a 05:00. Por otro lado, el artículo 123 de esta última ley dispone en su apartado quinto que “5. Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual de bebidas alcohólicas con un nivel igual o inferior a veinte grados, excepto cuando sea emitida entre las 20:30 horas y las 5:00 horas y fuera de ese horario cuando dichas comunicaciones comerciales audiovisuales formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir”. Todas estas medidas, claro está, tienen como objetivo que los menores se alejen de un consumo prematuro de estas sustancias, aunque los datos no son especialmente halagüeños.

La *encuesta sobre uso de drogas en enseñanzas secundarias en España ESTUDES 2021*<sup>30</sup> señala que en torno al 70 % de los jóvenes entre 14 y 18 años han bebido alguna vez durante el año 2021, mientras que, en el momento de realizar la encuesta, un 23% se había emborrachado en el último mes. Es cierto que los datos han ido bajando en la última década -aunque subieron en los años 2000-2010-, pero no dejan de ser unas cifras realmente altas y que puedan hacer replantearse hasta qué punto presenta una utilidad limitar la actividad empresarial de un sector concreto.

---

35 de la Constitución Española, del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, pues se trata de un Real Decreto.

<sup>30</sup> Disponible en: <https://www.pnsd.sanidad.gob.es> [Última consulta: 20 de enero de 2023].

## V. EL FENÓMENO DE LAS *LOOT BOXES*

Aunque el objetivo de estas páginas no es analizar la cuestión de las *loot boxes*, creo que es necesario realizar una pequeña referencia a ellas, dada su estrecha relación con el tema aquí esbozado. Estas *loot boxes* o cajas botín – genéricamente, *mecanismos aleatorios de recompensa*– son definidas como *objetos o procesos virtuales de cualquier tipo integrados en la dinámica de determinados videojuegos cuya activación ofrece la oportunidad al jugador de obtener, con carácter aleatorio, recompensas o premios virtuales que pueden utilizarse en el entorno de los mismos*<sup>31</sup>.

Estos mecanismos plantean tres problemas sin entrar en un análisis pormenorizado. En primer lugar, presentan notables similitudes con los juegos de azar, en particular, con las denominadas máquinas tragaperras, que, de manera aleatoria, si sale una determina combinación, otorgan un premio económico -en el caso de las *loot boxes*, una recompensa en el videojuego-. En segundo lugar, la gran mayoría de usuarios que interactúan con las *loot boxes* son menores de edad. En tercer lugar, se han observado patrones de adicción a juegos de azar y apuestas entre menores de edad, cuyo origen se encontraba en estas *loot boxes*, evidenciándose cómo estos mecanismos aleatorios de recompensa producían un efecto incentivador al juego entre sus usuarios<sup>32</sup>.

De este modo, amparándose en una apariencia legal -los videojuegos- se estaba dando acceso a los menores a una ‘especie’ de juego de azar. La preocupación en España se ha plasmado finalmente, por ahora, en el *Anteproyecto de Ley por el que se regulan los mecanismos aleatorios de recompensa asociados a productos de software interactivo de ocio*. Este anteproyecto si termina materializándose

---

<sup>31</sup> *Anteproyecto de Ley por el que se regulan los mecanismos aleatorios de recompensa asociados a productos de software interactivo de ocio*, pág. 23: [Anteproyecto](#) [Última consulta: 20 de enero de 2023].

<sup>32</sup> Sobre las *loot boxes*, *vid.*: HIDALGO CERREZO, Alberto, “*Loot boxes*: juegos de azar encubiertos al alcance de menores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 47, 2019, pp. 25-58; SANMARTÍN, Francisco Javier *et al.*, “Las *loot boxes* como modelo de monetización predatoria dentro de los videojuegos: aproximación psicoeducativa”, *Tecnología, Ciencia y Educación*, nº 20, 2021, pp. 103-132; MURIAS, Pablo *et al.*, “Cajas botín, juegos de azar y videojuegos: Una revisión sistemática”, *Health and addictions: salud y drogas*, vol. 2, nº 1, 2022, pp. 236-252; ANDRÉS ÁLVAREZ, Rafael, “La regulación de las microtransacciones y las cajas botín”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 76, 2022, Electrónica. Disponible en: <https://www.proview.com> [Última consulta: 17 de enero de 2023].

en Ley convertirá a España en el primer país de la Unión Europea que regula de manera completa el fenómeno de las *loot boxes*. Entre el articulado del anteproyecto destaca el artículo 6 que dispone en estos momentos en sus apartados primero y segundo:

“1. Queda prohibido el acceso a los mecanismos aleatorios de recompensa o su activación por personas menores de edad.

2. Con el fin de garantizar la efectividad de esta prohibición, las entidades que exploten o comercialicen mecanismos aleatorios de recompensa deberán habilitar un sistema de verificación documental de la identidad de los participantes. Este sistema de verificación podrá complementarse, siempre con carácter voluntario para estas entidades, con un sistema de identificación biométrica.

El acceso a los mecanismos aleatorios de recompensa o su activación por el usuario no podrá realizarse hasta que se haya verificado su identidad en los términos previstos en este apartado”.

Quizá se puedan preguntar cuál es la relación entre estas *loot boxes* y la publicidad. Ella se encuentra en el efecto que ambas buscan o producen. Mientras que la publicidad del juego atrae de manera directa al potencial jugador, las *loot boxes* realizan tal cometido de manera indirecta. Se prohíbe la publicidad del juego, casi de manera general, para evitar que los menores se vean atraídos hacia esta actividad, al mismo tiempo que estas *loot boxes* escapan de toda regulación actual y terminan produciendo el efecto de atraer a los jugadores de videojuegos a los juegos de azar.

Actualmente está sobre la mesa la aprobación del anteproyecto mencionado, pero ¿hasta qué punto es necesaria la creación de una nueva ley tan específica en lugar de que se regule de manera conjunta este fenómeno y los juegos de azar dentro de la Ley 13/2011? La cuestión es que el problema no es de futuro, es de presente, pues las *loot boxes* son insertadas de manera habitual en una gran multitud de videojuegos, y las soluciones deben ser adoptadas con premura para intentar paliar de la manera más efectiva posible la problemática del juego en los menores de edad y, en definitiva, para velar por su protección.

## VI. CONCLUSIONES

I. El juego, en efecto, puede llegar a ser un problema y, sin duda alguna, es una preocupación para el Estado y para la sociedad en su conjunto. Ahora bien, partiendo de la idea, aunque sea prejuiciosa, de que como Estado liberal no se puede prohibir el juego, la opción por la que se ha apostado es la de establecer una regulación restrictiva y tuitiva de los intereses de los más vulnerables; de ahí que, como regla general, la gran mayoría de medidas vayan encaminadas a procurar que, entre otros grupos, los menores no puedan acceder al juego.

II. Entre las numerosas medidas adoptadas, destaca la amplia regulación de la publicidad del juego que limita, *grosso modo*, cualquier posibilidad de publicitar por los medios de comunicación habituales actividades de juego y apuestas - aunque sí en ciertas condiciones-. El objetivo de estas medidas es evitar que los menores -como colectivo vulnerable- puedan sentirse atraídos hacia esta actividad.

III. El Estado ejerce este papel tuitivo. Ahora bien, las medidas no están impidiendo que los menores de edad se alejen del juego. Por unas u otras razones, los menores cada vez más juegan y apuestan, con independencia de estas medidas restrictivas. Podríamos hacer cábalas acerca de qué hubiera sucedido si no se hubieran adoptado, pero sería un trabajo infructuoso, pues la realidad nos muestra que los menores juegan y apuestan cada vez más.

IV. Por otro lado, muchas de estas medidas encuentran lagunas o contradicciones en otros sectores del ordenamiento o en su propio contenido. ¿Qué sentido tiene que un personaje conocido no pueda publicitar un operador del juego y sí, en cambio, aparecer en una película, para menores de dieciocho años, jugando y exaltando una serie de valores en ocasiones relacionados con el juego? Si el objetivo de estas medidas es evitar que los menores se acerquen al juego, ¿por qué excluimos específicamente de tal régimen la típica lotería de Navidad y permitimos sus anuncios o que sus iconos sean niños?

V. No se puede olvidar, como se ha indicado, que mientras el Estado todavía está intentando evitar que los menores se acerquen a juegos y apuestas “tradicionales” o en su modalidad *online*, aparecen otras nuevas formas de juegos de azar o

estrechamente relacionadas con ellos, como son las *loot boxes*, que complican aún más la situación, sin que a simple vista parezca que hay una solución efectiva ante este problema.

VI. Con todo, los datos son los datos. Las cifras aumentan y la preocupación de la sociedad con ellas. La Ley 13/2011 lleva en vigor más de diez años; el RD 958/2020, dos años -aunque algunos apartados presentan una entrada en vigor posterior-. ¿Es suficiente este lapso para evaluar los efectos de estas medidas? Ahora bien, ¿qué es más conveniente: que el Estado adopte con mayor rigor medidas que intenten evitar que los menores se acerquen al juego o que se pase el papel tuitivo a los padres y tutores? ¿Realmente ha servido de algo limitar la publicidad de esta actividad? ¿O nunca serán efectivas estas medidas mientras no se contemple totalmente una regulación que evite que los menores se acerquen al juego o a la apuesta a través de otros ámbitos como pueden ser los culturales o económicos? Lo que conlleva a que nos preguntemos: ¿podrá el Estado impedir que un menor de edad, bajo la responsabilidad de sus padres, vea una película sobre casinos o apuestas? ¿O la correcta solución debería residir en la concienciación y advertencia y no en la prohibición directa?

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

ALGARRA PRATS, Esther, *El contrato de juego y apuesta*, Dykinson, Madrid, 2012.

ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “Internet y contrato de juego. El juego on line y la regulación del contrato de juego y apuesta en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, 2015, pp. 327-360.

ANDRÉS ÁLVAREZ, Rafael, “La regulación de las microtransacciones y las cajas botín”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 76, 2022, Electrónica. Disponible en: <https://www.proview.com>.

BAIXAULI PUIG, María *et al.*, “La vulnerabilidad del menor ante el acceso a los juegos de azar”, *Revista Española de Drogodependencia*, nº 43, 2017, pp. 89-102.

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, “Hacia un estatuto básico del participante en las actividades del juego. Derechos y prohibiciones subjetivas”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar* (coord. HERRÁIZ SERRANO, Olga), La Ley, Madrid, 2012, pp. 209-238.

DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, “El origen histórico del contrato de juego”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* nº 2, 2002, pp. 285-296.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “El juego y la apuesta en el Derecho Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 460, 1967, pp. 719-734.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Artículos 1263-1264”, en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 964-967.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Artículo 1798”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1740 a 1808. Tomo XXII* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel), Edersa, Madrid, 1982: <https://app.vlex.com>.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Artículo 1799”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1740 a 1808. Tomo XXII* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel), Edersa, Madrid, 1982: <https://app.vlex.com>.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, “Las cláusulas abusivas de anulación unilateral de las apuestas on line”, en AA.VV.: *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* (dir. MORILLAS CUEVA, Lorenzo), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 479-493.

HIDALGO CEREZO, Alberto, “Loot boxes: juegos de azar encubiertos al alcance de menores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 47, 2019, pp. 25-58.

HUIZINGA, Johan, *Homo Iudens*, Ed. Alianza, Madrid, 2007.

LINACERO DE LA FUENTE, María, *Derecho Civil I. Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LÓPEZ MAYA, Sebastián, *El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2011.

MURIAS, Pablo *et al.*, “Cajas botín, juegos de azar y videojuegos: Una revisión sistemática”, *Health and addictions: salud y drogas*, vol. 2, nº 1, 2022, pp. 236-252.

MURUAGA HERRERO, Pablo, “El glamour de las apuestas on-line: consumidores y cláusulas abusivas”, *Actualidad civil*, nº 11, 2022: [www.revistas.laley.es](http://www.revistas.laley.es).

PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería”, en AA.VV.: *Tratado de contratos, T. III* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 4663-4743.

SANMARTÍN, Francisco Javier *et al.*, “Las loot boxes como modelo de monetización predatoria dentro de los videojuegos: aproximación psicoeducativa”, *Tecnología, Ciencia y Educación*, nº 20, 2021, pp. 103-132.

## CAPÍTULO XX

### **Detección del riesgo digital y protección del menor: privacidad, azar e influencers**

*Francisco Vega Agredano*

*Universidad de Málaga (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS Y DETECCIÓN PRECOZ DE LOS RIESGOS DIGITALES. III. PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD DEL MENOR EN LA RED. IV. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN JUEGOS Y APUESTAS ONLINE. V. LOS INFLUENCERS, EL MARKETING DE INFLUENCIA Y LOS MENORES. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han impactado de manera sobresaliente en nuestra sociedad. Todas aquellas personas nacidas después de 1995 son conocidas como “digital babies” o “digital natives”, pertenecientes a la generación digital<sup>1</sup>. La popularidad de la red se extiende de manera acentuada a los menores de edad, convirtiéndose en un elemento fundamental de su vida social, pues los menores de edad han nacido y crecido dentro de un contexto familiarizado con la cultura de las nuevas tecnologías y caracterizado por el desarrollo y expansión de las TIC. La atracción hacia el mundo digital se favorece especialmente mediante contenidos y herramientas llamativas que potencian la interactividad de los menores de manera adictiva. Frecuentemente, la actividad de los menores en la red se sitúa en una frágil

---

<sup>1</sup> Vid. TRONCOSO REIGADA, Antonio, “La protección de datos personales”, en *busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1687.

frontera que discurre a lo largo de los límites de la legalidad. Los padres, tutores, instituciones y poderes públicos intentan proteger a los menores en el mundo real, obviando que la verdadera encrucijada se encuentra en el mundo online, donde tras la proyección de una buena imagen, se disimulan grandes riesgos para la protección jurídica del menor desde todas las perspectivas posibles. La era digital propicia la creación de estrategias publicitarias de gran impacto, creadas con la intención de atraer y alcanzar a las distintas audiencias y, en especial a los menores de edad. La publicidad y el marketing, cuando se enfoca hacia este grupo de edad, utiliza metodologías que les involucren a través del juego y el entretenimiento, empatizando con ellos a nivel emocional, desde la interactividad y la conectividad, derivada de la interrelación con sus contactos en las redes sociales<sup>2</sup>. Sin duda, existen innumerables ventajas que aporta la red, como la inmediatez en la información y comunicación, la socialización y la utilización como medio de ocio y entretenimiento, especialmente entre los más jóvenes<sup>3</sup>. Ahora bien, el posible anonimato en la socialización virtual o la construcción de identidades falsas ocasiona que este elemento cotidiano en nuestras vidas no este exento de problemas y riesgos. En este contexto, la supervisión de las actividades online y su regulación normativa puede propiciar un uso más saludable de la tecnología, evitando la desprotección jurídica de los más vulnerables, sin perjuicio de reforzar la inversión en educación y convivencia de los más jóvenes<sup>4</sup>.

La fenomenología anterior requiere un análisis pausado y sosegado de la capacidad legal necesaria y recomendable para las actividades en línea y para los actos jurídicos ejecutados por menores en la red en general, incluyendo sus consecuencias jurídicas; pues la escasez de controles y filtros en este tipo de actividades requiere de una supervisión especial. En este contexto, surge la necesidad de estudiar el tema de la protección de estas personas vulnerables en los supuestos de actividades ilegales o desfavorables, llevadas a cabo bajo la influencia del engaño y el abuso, sin una adecuada identificación de la persona y confirmación de la capacidad. En efecto, en la actualidad tiene lugar una

---

<sup>2</sup> Vid. SÁBADA CHALEZQUER, Charo & FELJOO FERNANDEZ, Beatriz, "Atraer a los menores con entretenimiento: nuevas formas de comunicación de marca en el móvil", *Revista Mediterránea de Comunicación*, n° 1, 2022, pp. 79-91.

<sup>3</sup> Vid. LÓPEZ GÓMEZ, Silvia, RIAL BOUBETA, Antonio, MARÍN SUELVE, Diana & RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Jesús, "Videojuegos, salud, convivencia y adicción ¿Qué dice la evidencia científica?", *Psychology, Society & Education*, n° 1, 2022, pp. 45-54.

<sup>4</sup> Vid. *Ídem*.

ampliación de la gama de operaciones realizadas por menores, lo que ha provocado que se haya considerado la cuestión de ampliar su capacidad y garantizar la seguridad de las transacciones mediante la introducción de las últimas soluciones tecnológicas<sup>5</sup>. Sin duda, un rasgo que influye en la formación de la esfera moral de la individuo en internet es la falta real de vinculación del contenido a las diversas leyes morales, es decir, a las normas morales de la convivencia humana, debido al anonimato y libertad de las restricciones del entorno de Internet. Este aspecto es especialmente relevante para el uso de dichos contenidos por parte de los menores, ya que Internet contiene un proceso de socialización de una persona diferente al tradicional, provocando un impacto negativo en el individuo y su formación<sup>6</sup>.

La dificultad de garantizar una efectiva regulación legal de la cuestión deriva, no sólo de la falta de legislación sistemática o armonizada, sino también de las características objetivas de Internet, que hacen posible que cualquier persona actúe de forma anónima en línea. En efecto, es cada vez más frecuente el uso de tecnologías como blockchain y contratos inteligentes, lo que demuestra la necesidad de organizar las transacciones, garantizando la transparencia en los acuerdos entre las partes y el cumplimiento de los requisitos legales de validez<sup>7</sup>. Ante la perspectiva descrita, es necesario garantizar una tutela eficaz, capaz de generar confianza y seguridad, clave para el desarrollo del digital en un entorno de buenas prácticas ante el paradigma de la economía global y digital. El marco legal de la materia analizada parte del régimen básico de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 de comercio electrónico que se complementa con la Revisión de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, que impone a una categoría concreta de empresas, las plataformas de videos compartidos, la obligación de tomar medidas apropiadas y proporcionadas para proteger al público, en general, de contenido ilegal y a los menores, en particular, de contenido dañino y la Recomendación de la Comisión

---

<sup>5</sup> Vid. OMELCHUK, Oleksandr, CHERNIAK, Olena & TYSHCUK, Nataliia, "Protection of the rights of children and minors in their transactions in the information society", *Ius Humani Revista de Derecho*, nº 2, 2020, pp. 25-46.

<sup>6</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>7</sup> Vid. *Ídem*.

Europea de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea<sup>8</sup>.

## II. ANÁLISIS Y DETECCIÓN PRECOZ DE LOS RIESGOS DIGITALES

El uso de los medios digitales suele llevar aparejado de manera inherente, posibilidades de sufrir alguna situación de riesgo, en especial por parte de los menores de edad, usuarios más vulnerables, aunque la percepción que tengan los menores no sea esta, pues la mayoría de ellos se sienten seguros en Internet. En efecto, los menores han generado un nuevo orden social, asumiendo ellos y sus padres nuevos riesgos en el acceso a Internet y las redes sociales<sup>9</sup>. Por riesgo debemos entender la *“posibilidad de que acciones humanas u otras circunstancias impliquen consecuencias que afecten a diferentes aspectos que son valorados por las personas”*<sup>10</sup>. El riesgo es un elemento intrínseco a la actividad de las personas en sociedad, pues se genera en el contexto de la misma sociedad y es el resultado de la actividad digital, una parte fundamental e inseparable de las sociedades modernas<sup>11</sup>. Ahora bien, en la vida virtual, es frecuente admitir un mayor nivel de riesgo del que somos capaces de tolerar en la vida física, quizás por faltar aún conciencia social sobre las posibles consecuencias negativas que pueden ocasionarnos. En efecto, las familias y las administraciones públicas se han preocupado frecuentemente de los riesgos tradicionales para los menores: drogas, alcohol, tabaco, delincuencia, sexualidad. No obstante, a estas preocupaciones, se suman ahora, aquellas otras situaciones derivadas de la seguridad de los menores en la red y su exposición ante los riesgos asociados a la era digital. Sin embargo, en la actualidad, aún existe déficit de alfabetización mediática suficientemente crítica y ajustada a una situación de

---

<sup>8</sup> Vid. PEÑA JIMÉNEZ, Pedro José, "Entre analogías y metáforas: el debate sobre la moderación de contenidos en las redes sociales", *Revista de las Cortes Generales*, n° 111, 2021, pp. 265-311.

<sup>9</sup> Vid. GLADYS VUANELLO, Graciela Roxana, "Los niños frente a Internet: seguridad, educación y tecnología", *Revista trayectorias*, n° 41, 2015, pp. 108-129.

<sup>10</sup> RENN, Ortwin. & BENIGHAUS, Christina, "Perception of technological risk: insights from research and lessons for risk communication and management", *Journal of Risk Research*, n° 16, 2013, pp. 293-313.

<sup>11</sup> Vid. PÉREZ SÁNCHEZ, Rolando & TORRES FERNÁNDEZ, David, "El contexto educativo como predictor de habilidades digitales y comportamientos riesgosos en Internet", *revista perfiles educativos*, n° 174, 2021, pp. 63-76.

consumo en constante evolución<sup>12</sup>. Podemos diferenciar dos grandes grupos de riesgos para los menores en la red. En primer lugar, los riesgos pasivos que hacen referencia al modo de navegar por la red sin el debido autocontrol y revisión de los propios menores usuarios que utilizan inadecuadamente la tecnología. En segundo lugar, los riesgos activos hacen referencia al uso de la tecnología para una finalidad inadecuada<sup>13</sup>.

El riesgo para los menores de edad durante la navegación por internet existe y es totalmente inevitable en nuestros días. Ahora bien, siendo esto así, sí que es posible minorar tal riesgo mediante la predicción y supervisión de aquellos comportamientos que suponen un mayor grado de peligrosidad para la protección del menor, siendo necesario investigar cuales son los factores que nos pueden ayudar a detectar tal riesgo. Se trataría de analizar el contexto social y el ámbito familiar, rendimiento escolar<sup>14</sup>, frecuencia de uso, edad de inicio, monitoreo parental, habilidades emocionales, entre otros factores. Solo de ese modo, se podrá contribuir a diseñar medidas efectivas, capaces de reducir el riesgo de desprotección jurídica del menor durante el uso de las nuevas tecnologías digitales<sup>15</sup>. Las administraciones públicas también deberán propiciar de manera conjunta con el sector privado, la creación y desarrollo de aplicaciones y servicios digitales orientados a la protección de la infancia y la adolescencia.

En otro orden de cosas, es sumamente frecuente, aunque no estrictamente necesario, que los casos de desprotección jurídica del menor en internet vayan acompañados del denominado uso problemático de Internet (PIU). El PIU se conceptualiza como aquel uso de Internet que es arriesgado, excesivo o impulsivo y que conlleva consecuencias negativas a nivel físico, emocional, social y

---

<sup>12</sup> Vid. HERNÁNDEZ PRADOS, María Ángeles, LÓPEZ VICENT, Patricia & GAMBOA GIL DE SOLA, Gonzalo, "Análisis documental sobre los riesgos y las posibilidades de internet para los menores. Pautas educativas dirigidas a familias", *Revista Interuniversitaria de Investigación en Tecnología Educativa*, nº 10, 2021, pp. 9-22.

<sup>13</sup> ABELLÁN ROSELLÓ, Laura & MÉNDEZ BALLESTEROS, Elena, "Influencia de las Nuevas Tecnologías entre el alumnado de 10 a 12 años", *International Journal of New Education*, nº 7, 2021, pp. 191-210.

<sup>14</sup> ROBLES GAVIRA, Gabriel, "Hábitos de uso y riesgos relacionados con las TIC en escolares de Cádiz de 9 a 16 años", *Revista de estudios socioeducativos*, nº 10, 2022, pp. 323-326.

<sup>15</sup> Vid. ARRIVILLAGA, Christiane, REY, Lourdes & EXTREMERA, Natalio, "Perfil emocional de adolescentes en riesgo de un uso problemático de internet", *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, nº 1, 2021, pp. 47-53.

funcional<sup>16</sup>. Los menores pasan gran parte de su tiempo conectados a plataformas en las que existe un nivel de exposición publicitaria superior al de medios como la televisión. En efecto, la investigación demuestra una falta de bases regulatorias que genera una cierta anarquía en la diferenciación y categorización de los mensajes publicitarios. La brecha digital, particularmente la que deriva de la distancia generacional, ha ocasionado que sea especialmente compleja la intervención parental en la detección precoz de estos riesgos. Efectivamente, los menores se manejan en los entornos digitales con total naturalidad frente a un uso más funcional y limitado entre sus mayores, a pesar de su deseo de conocer y apropiarse de estos recursos para utilizarlos en favor de una mejor educación de sus hijos<sup>17</sup>. En los últimos años se ha pretendido identificar y examinar los factores de riesgo asociados al uso inadecuado de la red, siendo los menores de edad y, especialmente en las etapas de preadolescencia y adolescencia, una población especialmente vulnerable durante el uso problemático de las tecnologías digitales. La mediación parental en el ámbito digital, pero también la mediación institucional de los poderes públicos en tal ámbito se configura como una herramienta básica, que debe aglutinar las estrategias en el uso de las tecnologías digitales y en la protección jurídica del menor en los tiempos actuales. En efecto, estas herramientas deben incluir, en primer lugar, la mediación activa, encaminada a la orientación y acompañamiento asociado al uso de la internet y demás tecnologías digitales. Por otro lado, la denominada mediación restrictiva, orientada a limitar el uso, imponiendo límites o restringiendo ciertas páginas, aplicaciones o la comunicación. Por último, la mediación por monitoreo, centrada en vigilar y supervisar el comportamiento en internet o en las redes sociales<sup>18</sup>.

Ante los riesgos que amenazan a los menores en la era digital, se promueve desde diversos organismos e instituciones nacionales e internacionales, la formación y la educación de los más jóvenes en las competencias digitales. Así, por ejemplo,

---

<sup>16</sup> Vid. MORENO, Megan Andreas, JELENCHICK, Lauren A. & CHRISTAKIS, Dimitri A., Problematic internet use among older adolescents: A conceptual framework. *Computers in Human Behavior*, n° 29, 2013, pp. 1879-1887.

<sup>17</sup> Vid. ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Isabel Dans & MUÑOZ CARRIL, Pablo Cesar, "Internet y redes sociales: un desafío a la convivencia familiar", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, n° 2, 2021, pp. 123-142.

<sup>18</sup> Vid. PÉREZ SÁNCHEZ, Rolando, "Predictores de la mediación parental del uso de la Internet de niños y adolescentes y su asociación con las oportunidades y riesgos de dicho uso", *revista signo y pensamiento*, n° 80, 2022, pp. 1-20.

la Agenda 2030 o el Manifiesto de Infancia y Adolescencia de UNICEF de 2020<sup>19</sup>. Asimismo, hace algunos años, la Comisión Europea publicó el Marco Europeo para la Competencia Digital de los Ciudadanos<sup>20</sup>, tratando de empoderar y formar a los jóvenes en las capacidades para interactuar y compartir contenido en los medios digitales, gestionar su identidad digital y fomentar una interacción adecuada en las redes sociales, entre algunas de las prioridades más destacables<sup>21</sup>. Una de las entidades públicas que proporciona formación sobre mediación parental es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que desde 2016 advirtiendo y señalando como áreas prioritarias de acción: los contenidos inapropiados y dañinos para su edad, madurez, sensibilidad, junto a la pérdida de privacidad, la incorrecta gestión de información de terceros, la suplantación de identidad, el sexting, el ciberbullying, el sharenting y el grooming.

### **III. PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD DEL MENOR EN LA RED**

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen está recogido expresamente en el artículo 18 de nuestra Constitución y en la norma de desarrollo, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El citado precepto 18 en su apartado cuarto establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En efecto, el constituyente era consciente, ya en el año 1978, de una amenaza creciente en el tratamiento de datos personales por medios informáticos. Por otro lado, también nuestra Constitución señala en su artículo 39.3 la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos

---

<sup>19</sup> MANIFIESTO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA 2020: Conclusiones del Sexto Encuentro Estatal de Consejos de Participación Infantil y Adolescente en clave de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

<sup>20</sup> Vid. CABERO ALMENARA, Julio & PALACIOS RODRÍGUEZ, Antonio, "Marco Europeo de Competencia Digital Docente", *Revista de Educación Mediática y TIC*, nº 1, 2020, pp. 213-234.

<sup>21</sup> Vid. HERNÁNDEZ SERRANO, María José, RENÉS ARELLANO, Paula, CAMPOS ORTUÑO, Rosalynn & GONZÁLEZ LARREA, Belén, "Privacidad en redes sociales análisis de los riesgos de autorrepresentación digital de adolescentes españoles", *Revista latina de Comunicación social*, nº 79, 2021, pp. 133-154.

durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Asimismo, en relación los menores, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contiene en su artículo 4 apartado primero, que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, destaca en su artículo 9 que el menor, cuando tenga suficiente madurez, podrá ejercitar el derecho a ser oído, por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, añadiendo que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Por último, hay que destacar la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó la mencionada LO 1/1996 y, por otro lado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por otro lado, La Convención de los Derechos del Niño de Nueva York, aprobada en la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 contiene una previsión en su artículo 16 estableciendo que *“ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”*. En el ámbito europeo, cabe destacar la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada en Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, que declara que: *“todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”*, junto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 que contiene en su artículo 7 que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*. Asimismo, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) efectuados en base al artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En este ámbito, el marco global que se configura con el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, del 27 de abril de 2016 (RGPD) constituye una recopilación de las bases legales del modelo europeo de protección de datos que se aplica a toda la ciudadanía europea y a

todas las entidades que operan en la Unión, con independencia de dónde tengan su sede. Por otro lado, el Reglamento permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros si fuese necesario por coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios<sup>22</sup>. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, indica de manera indubitada en su artículo 7, que *“el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”*. A continuación, en el segundo párrafo del citado precepto se establece respecto del *“tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”*. El artículo es claro y su redacción deja poco margen a la interpretación. En la realidad, en sentido estricto supone que, en teoría, por ejemplo, al darse de alta en servicios digitales, como redes sociales, deben tener al menos esa edad o, de no alcanzarla, que disponga del consentimiento de los tutores o responsables de la patria potestad<sup>23</sup>. Pues bien, la realidad demuestra que los menores acceden a contenidos de las redes sociales, sin cumplir estas reglas, pues para la mera consulta, no es necesario, en muchos casos, tener creado un perfil en ellas. En otros casos, el sistema de control de edad al crear el perfil es un mero trámite, bastando con introducir una falsa fecha de nacimiento, sin que los responsables realicen procedimientos adecuados que garanticen que han comprobado de modo efectivo la edad del usuario. El artículo 8 apartado segundo del RGPD impone que en el caso de menores de dieciséis años, *“el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”*. Sin embargo, el párrafo segundo de este mismo artículo faculta a los Estados Miembros para establecer por ley una edad inferior, siempre que ésta no sea inferior a 13 años. Pues bien, como hemos visto en líneas anteriores, hay que entender la edad

---

<sup>22</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, Ainoa, "La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen", *Revista de derecho uned*, nº 27, 2021, pp. 455-492.

<sup>23</sup> Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Silvia, "Menores y 'social media': usos, riesgos y medidas de protección", *Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación*, nº 119, 2022.

catorce años en nuestro país, por mandato de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Por otro lado, el artículo 84 del RGPD, contiene una previsión de escaso contenido imperativo, pues establece un mandato dirigido a la protección de los menores en Internet, reflejando en su apartado 1 que *“los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales”*. Puede observarse que el precepto es similar a una declaración de intenciones, con un contenido impreciso y genérico, incluyendo conceptos jurídicos indeterminados. La consecuencia de este escaso control es que los niños visualizan mensajes que no son apropiados para su edad, contactan con usuarios desconocidos o publican contenidos con información personal o imágenes propias y de terceros<sup>24</sup>. Ahora bien, de mayor eficacia práctica parece estar dotado el artículo 84 en su segundo párrafo, al señala que *“la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”*. Según pone de manifiesto parte de la doctrina, a pesar de que el párrafo segundo del artículo 84, no se establezca explícitamente a quién va dirigido, parece lógico pensar que vaya orientado a los sujetos incluidos en el párrafo primero, es decir, padres, madres, tutores, curadores o representantes legales<sup>25</sup>.

El legislador parece conocer con antelación que sus mandatos serán incumplidos, pues contempla acciones de formación y en el artículo 94.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre ya mencionada, refleja el denominado derecho al olvido también conocido como Habeas Data, de *“datos que hubiesen sido*

---

<sup>24</sup> Vid. Ídem.

<sup>25</sup> Vid. LLAMAS BAO, Cristina, "Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española", *Revista jurídica de la universidad de León*, nº 8, 2021, pp. 203-219.

*facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad*”, ya que según dispone “*el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud*”. Por su parte, el RGPD en su artículo 17 establece que “*el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan*”, considerando el Supervisor Europeo de Protección de Datos que el citado precepto refuerza el derecho de supresión al convertirlo en un derecho al olvido en el entorno digital. Se completa tal precepto, con la previsión contenida en el artículo 65 RGPD que contempla que “*este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en Internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño*”. En definitiva, con el denominado como derecho al olvido, se trataría de restringir o poner fin a la diseminación de aquellos datos personales que puedan ser considerados perjudiciales o contrarios a sus intereses y que se han ido generando a lo largo de la vida del menor. En efecto, debemos destacar que la protección digital del menor debe garantizar su privacidad y evitar la conculcación de importantes derechos personalísimos de los menores, como son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y, en especial, a la propia imagen de este sensible sector de la población<sup>26</sup>. Se ha demostrado que aquellos adolescentes con un mayor nivel de alfabetización digital perciben que están mejor preparados para evitar los riesgos de Internet, es decir, aumentan la autoeficacia protectora y la capacidad de gestionar su privacidad online<sup>27</sup>.

La AEPD ha tratado de dar una definición más o menos genérica de las redes sociales entendiéndolas como servicios prestados a través de Internet que consienten a los usuarios “*generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de los usuarios afines o no al perfil*

---

<sup>26</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, Ainoa, "La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen", *op. cit.*

<sup>27</sup> Vid. LÓPEZ DE AYALA, María Cruz, PONTE, Cristina & MARTÍN NIETO, Rebeca, "Mediación parental y habilidades digitales de los adolescentes de la Comunidad de Madrid: competencias y desempeño", *Revista Latina de Comunicación Social*, nº 79, 2021, pp. 111-132.

*publicado*<sup>28</sup>. La AEPD cumple una importante función para la garantía de los derechos digitales de los menores, ya que facilita un canal accesible, con la finalidad de retirar cualquier contenido ilícito de forma inmediata. Por otro lado, existe en el marco europeo una definición del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (Opinión 5/2009), dando un concepto más genérico en el sentido de considerar a la redes sociales como *“plataformas de comunicación en línea, que consienten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”*.

Los principales supuestos de vulneración de derechos de privacidad, honor, intimidad e imagen, en relación con los menores, tienen lugar con frecuencia en el ámbito de las redes sociales en sentido amplio, convertidas en una herramienta digital de uso masivo en nuestros días, especialmente por parte de los más jóvenes. No obstante, en nuestro días, es frecuente también que los propios adultos, profesionales o cuasi profesionales de la red, expongan en sus redes sociales la vida diaria de sus hijos con el objetivo de monetizar esa actividad. Pues bien, el denominado *sharenting* o sobreexposición de menores en Internet es una actividad frecuente que ha planteado en los últimos años gran controversia y discusión. Tal y como hemos adelantado en líneas anteriores, la privacidad de los menores de edad no solo se encuentra en peligro por la propia actividad de estos en la redes sociales, sino que en los últimos tiempo, es frecuente la sobreexposición de estos en la redes por parte de sus propios progenitores. En efecto, a través de un perfil, se muestran distintos aspectos de la vida y hábitos del menor, e incluso publicitan marcas de ropa, juguetes y otros productos, arrojando en ocasiones una visión de desprotección legal ante prácticas como estas. Sin embargo, como en cualquier otro supuesto de vulneración de derechos de menores, la justicia debe y puede intervenir para limitar o prohibir a esa sobreexposición pública. Atendiendo a los preceptos y normativa que hemos analizado en párrafos anteriores, el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, los artículos 31 y 32 de la Convención de los Derechos del Niño y la Directiva 94/33 del Consejo relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, podríamos encontrarnos con un menor que realiza actividades de carácter artístico o publicitario, es decir, menores *influencers* pasivos, cuyos progenitores reciben remuneración

---

<sup>28</sup> AEPD e INTECO, *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, División de Comunicaciones de aepd e inteco, Madrid, 2009, p. 7.

económica, siendo preceptiva la autorización de la Autoridad Laboral<sup>29</sup>. Por otro lado, los propios menores podrán reclamar una mayor protección, una vez adquieran la mayoría de edad o la suficiente madurez para ello, o incluso, la propia fiscalía o uno de los dos progenitores ante la actuación del otro, puede solicitar la intervención de la fiscalía en protección del menor. Sin embargo, en un primer momento, deberán ser los propios progenitores, tutores, curadores o representantes legales quienes, tras reconocer los riesgos de exposición en la red, garanticen que no se produzca una intromisión ilegítima de los derechos fundamentales de sus hijos, al igual que harían en otros ámbitos o frente a otros tipos de riesgos. Intromisiones ilegítimas ocasionadas por parte de terceros ajenos al menor, pero también, y esto es lo más complejo, por parte de los propios progenitores a través de la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes<sup>30</sup>. En efecto, los padres ostentan la patria potestad de sus hijos, pero tal elemento no debe servir de “paraguas jurídico” en el que ampararse, sino más bien al contrario, pues la potestad incluye derechos y deberes, debiendo protegerse al menor, salvaguardando el interés superior del este<sup>31</sup>. No en vano, no podemos olvidar que los menores de edad son titulares de derechos fundamentales de nuestra Constitución y que son especialmente vulnerables en el mundo digital, desconociendo el verdadero riesgo que afrontan hasta alcanzar una mayoría de edad, o grado de madurez suficiente para tomar conciencia de la sobreexposición a la que han sido sometidos.

#### **IV. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN JUEGOS Y APUESTAS ONLINE**

Los juegos de azar son por definición juegos con posibilidades de ganar o perder condicionadas decisivamente por el azar, es decir, no dependen en exclusiva de

---

<sup>29</sup> Vid. FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, *Sharenting y límites de la patria potestad*, Recuperado el 10 de noviembre de 2022 en <https://superbiajuridico.es/texts/sharenting-y-limites-de-la-patria-potestad/>

<sup>30</sup> Vid. LLAMAS BAO, Cristina, "Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española", *op. cit.*

<sup>31</sup> Vid. *Ídem*.

la habilidad del jugador<sup>32</sup>. En algunos tipos de juegos de azar, como son las loterías, el bingo y la mayoría de las tragaperras, también las digitales, los resultados son absolutamente aleatorios e impredecibles. No obstante, existen otras modalidades de juegos de azar, como son las apuestas deportivas en sentido amplio, en los que el uso de habilidades, conocimientos y experiencia puede dar una cierta ventaja sobre otros jugadores, de forma que aquí sí que habría una cierta previsibilidad en los resultados<sup>33</sup>. En la actualidad, propiciado por el auge de las TIC, se ha producido una notable proliferación de todo tipo de actividades relacionadas con el contrato de juego y apuesta online, con el consiguiente aumento en la publicidad del sector. Los avances tecnológicos han facilitado que los juegos de azar evolucionen y se adapten al nuevo entorno digital. En efecto, se han aprovechado las habilidades tecnológicas de los más jóvenes, lo que unido a la escasa capacidad de las web de juego para comprobar la edad de los participantes, facilita que los adolescentes participen en nuevos juegos más atractivos que pueden ser percibidos como un reto para sus capacidades personales<sup>34</sup>. Obviamente, la liberalización del sector, la facilidad de acceso online, el juego patológico, los horarios ilimitados de los establecimientos en líneas, entre otros elementos, son el caldo de cultivo ideal para el masiva avance de estas actividades de azar. Para enmarcar la problemática, poner de relieve que la Dirección General del Juego define el juego como, *“la actividad en la que, con el fin de obtener premio, se arriesga dinero u otros objetos económicamente evaluables sobre resultados futuros e inciertos dependientes, en alguna medida, del azar y con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores”*.

Asimismo, siquiera mencionar, por estar relacionado con la materia, la problemática de los pagos realizados en las aplicaciones móviles de los smartphones, normalmente videojuegos, por parte de los menores de edad. En efecto, los micropagos o microtransacciones que se efectúan dentro de aplicaciones móviles de entretenimiento suponen un riesgo potencial para los menores de edad, creando auténticas adicciones que pueden convertirse

---

<sup>32</sup> Vid. GARCÍA RUÍZ, Pablo, BUIL, Pilar & SOLÉ MORATILLA, María José, "Consumos de riesgo: menores y juegos de azar online. El problema del juego responsable, *Política y sociedad*, nº 2, 2016, pp. 551-575.

<sup>33</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>34</sup> Vid. *Ídem*.

posteriormente en modalidades de ludopatías muy peligrosas. Los menores están continuamente expuestos a videojuegos desarrollados en apps, pues la llegada de internet ha provocado que cualquier juego electrónico pueda ser adquirido de manera online y ofrezca a sus jugadores micropagos, es decir, un modelo de negocio que permite a los usuarios obtener ventajas, mejoras o elementos virtuales en el juego a cambio de dinero real. Por otro lado, existen también las loot boxes son cajas de botines o recompensa por las que pagas con dinero real a cambio de un premio aleatorio y que depende del azar. Hay tantos micropagos como variantes en los juegos y todos ellos presentan una gran similitud con los mecanismos usados en los juegos de azar tradicionales, que pueden derivar en conductas compulsivas o patológicas. Algunos de los micropagos o loot boxes se ofrecen en app de juegos free to play, es decir, la aplicación es gratuita, pero para avanzar y competir de manera razonablemente óptima, el jugador necesitará en lo sucesivo, hacer uso de estas herramientas de pago, aumentando de esta forma la exposición de los menores. Estos micropagos, suponen un claro riesgo para la adicción de los niños a las apps de videojuegos, pero también para las economías familiares, pues no debemos olvidar que las apps de juegos están diseñadas para fomentar el pago de mejoras o desbloques, propiciando y alentando que el menor haga uso de ellas.

En cualquier caso, debe adelantarse desde este momento que la solución normativa que se adopte para proteger al usuario frente al juego de azar ha de tener como finalidad, al menos, indirecta o refleja, la protección del jugador ante el grave y preocupante problema de la ludopatía. Así, podemos destacar que, en la mayoría de las páginas web encontraremos publicidad, en ocasiones encubierta o subliminal, y en otras, muy visible, mediante banners, concretamente de casas de apuestas online, atrayendo al usuario hacia el clic, registro o compra del servicio o producto, teniendo los menores de edad un acceso fácil a través de este medio<sup>35</sup>. En efecto, los menores se encuentran excesivamente expuestos al juego y la apuesta por la tentación de una publicidad indiscriminada. La Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024 que elaborada a los Ministerio de Sanidad,

---

<sup>35</sup> Vid. MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "Las apuestas deportivas online y la protección de los menores. A propósito del Anteproyecto de Ley de Regulación del Juego", *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, nº 9, 2010, pp. 13-30.

Consumo y Bienestar Social del Gobierno de España en 2018<sup>36</sup>, hace referencia a la adicción sin sustancia, y se ocupa, entre otros, de los juegos de apuesta online, videojuegos y otras adicciones a través de las Nuevas Tecnologías<sup>37</sup>. Asimismo, se destaca en el citado informe que los jugadores tienen un perfil cada vez más joven y con más nivel de estudios, poniendo de relieve que la adicción guarda una estrecha relación con ciertas rutinas nocivas e incrementa notablemente la probabilidad de asumir otros riesgos, como la falsa identidad en la red<sup>38</sup>.

El ordenamiento jurídico de cada país fija el límite existente entre la minoría y la mayoría de edad y, por tanto, siendo esto así, no podemos construir un marco o definición unitaria del concepto de minoría de edad. Las normativas nacionales e internacionales en materia de protección del menor ponen de manifiesto la diversidad de acepciones que posee<sup>39</sup>. Así, por ejemplo, el artículo 2 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, contempla la aplicación del convenio a *“los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de dieciocho años”*. Por otro lado, la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, contempla que *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Sin embargo, el Convenio Europeo de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, de reconocimiento y la ejecución de decisiones sobre custodia de menores, entiende como menor a *“una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años...”*, mientras que el Convenio de La Haya del 2 de octubre de 1973 en materia de alimentos, viene a considerar la edad de veintiún años.

---

<sup>36</sup> Vid. Comisión Interautonómica del Plan Nacional sobre Drogas 18 de octubre de 2017, con informe preceptivo favorable del Consejo Español de Drogodependencias y otras Adicciones de 13 de noviembre de 2017 y aprobada por el Consejo de Ministros el 9 de febrero de 2018.

<sup>37</sup> Vid. HERNÁNDEZ PRADOS, María Ángeles, LÓPEZ VICENT, Patricia & GAMBOA GIL DE SOLA, Gonzalo, "Análisis documental sobre los riesgos y las posibilidades de internet para los menores. Pautas educativas dirigidas a familias", *op. cit.*

<sup>38</sup> Vid. *Ídem.*

<sup>39</sup> Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis & PALAO MORENO, Guillermo, "Capacidad y régimen de incapacidades", en *Derecho Internacional Privado*, (coord. ESPLUGUES MOTA, Carlos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 391-436.

Los juegos online contribuyen a promover espacios de entretenimiento colaborativo, capaces de convocar virtualmente a usuarios de todas las partes del mundo, apoyándose en la enorme potencialidad de la comunicación viral y destacando la importancia de los que combinan el juego, la interactividad, las gratificaciones, la competición, la colaboración<sup>40</sup>. El juego online logra implicar a los jugadores emocional y afectivamente, activando sus habilidades cognitivas y orientándolos a la ejecución de determinadas tareas, aprovechando sus posibilidades de persuasión. Internet es capaz de proporcionar una realidad alternativa a la presencial y hace posible obtener sensación de inmersión y de anonimato que para parte de los adolescentes es atractiva y psicológicamente gratificante<sup>41</sup>. Es importante poner el acento en la actitud con la que la audiencia joven percibe los mensajes comerciales en el entorno digital. Sin duda, el binomio contenidos híbridos y menores hace que emerjan algunos riesgos de los que alertan los investigadores, siendo necesario que los menores sean capaces de percibir la intencionalidad comercial de estos nuevos formatos, a lo que contribuye sin duda un mayor grado de experiencia y madurez, teniendo presente que cuando el acceso se produce a través de los móviles, se dificultan la mediación parental directa<sup>42</sup>.

En España, fue el Real Decreto Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los Aspectos Penales, Administrativos y Fiscales de los Juegos de Suerte, Envite o Azar y Apuestas, el que despenalizó el juego y la apuesta. El contrato de juego y apuesta presenta en la actualidad una regulación en el Código civil, artículos 1798 a 1801, anticuada y desbordada por la regulación del juego en Ley especial, en concreto por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (LRJ), que trata de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos. La citada norma incluye la regulación de la actividad de juego cuando se realiza a través de canales

---

<sup>40</sup> Vid. SÁBADA CHALEZQUER, Charo & FEIJOO FERNANDEZ, Beatriz, "Atraer a los menores con entretenimiento: nuevas formas de comunicación de marca en el móvil". *op. cit.*

<sup>41</sup> Vid. *Ídem.*

<sup>42</sup> Vid. *Ídem.*

electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, es decir, las actividades de juego que se realizan en la modalidad online<sup>43</sup>.

Para comenzar, podemos afirmar que la protección de los menores respecto a las apuestas deportivas online cuenta con una doble perspectiva: protección frente al acceso y protección frente a la publicidad. La participación en el juego como práctica ilegal prohibida de los menores de edad se incluye en el artículo 6 apartado segundo de la LRJ. Por otro lado, en el apartado primero del mismo precepto, dentro de los supuestos tres supuestos de prohibición objetiva de actividades de juego, se incluyen aquellas actividades que por su naturaleza o por la razón de su objeto, atenten contra los derechos de la juventud y de la infancia. Por su parte, el artículo 8, obliga a los operadores de juego a elaborar un plan de medidas en relación con la mitigación de los posibles efectos perjudiciales que pueda producir el juego sobre las personas, estableciendo la obligación de incorporar las reglas básicas de política del juego responsable. Por lo que se refiere a la protección de los consumidores, se establece la necesidad de informar de acuerdo con la naturaleza y medios utilizados en cada juego de la prohibición de participar a los menores de edad.

Por otra parte, respecto a la protección en el ámbito de la publicidad, hay que destacar que la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 3 letra b, considera ilícita, *“la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad,...”*. Incluso, el artículo 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en la actualidad derogada y sin vigor, disponía claramente que estaba *“prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ...”*. Asimismo, reflejar la existencia del denominado Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva que entró en vigor en enero de 2003 y actualizado entre junio de 2005 y enero de 2009, cuyo Título V se dedica en exclusiva a la protección de menores. Los preceptos de la LRJ y otras normas deben complementarse con la regulación contenida en el Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Esta

---

<sup>43</sup> Vid. VIEDMA ANSA, Marta, "La protección del usuario en el juego online", *Actualidad jurídica iberoamericana*, n<sup>o</sup> 16, 2022, pp. 552-579.

norma se aplica a las actividades publicitarias de la totalidad de los operadores de juego de ámbito estatal y a las actuaciones en materia de juego seguro o responsable llevadas a cabo por estas entidades y que responde a una clara vocación de protección de la salud pública de los menores de edad, de los consumidores y de la sociedad en su conjunto<sup>44</sup>. La norma es ciertamente estricta con los anuncios y autopromociones de actividades relacionadas con la ruleta, punto y banca, black Jack o póquer, que solo podrán emitirse entre la 1:00 y las 5:00 a.m. En efecto, en este ámbito, son frecuentes las agresivas estrategias publicitarias y de marketing ocultan la exclusiva finalidad recaudatoria de algunos juegos y se muestran de una manera amable con los potenciales jugadores<sup>45</sup>.

En cualquier caso, si atendemos a redacción actual, el juego responsable no conlleva de facto ninguna práctica activa de protección per se, sino que se trata de medidas en su mayoría pasivas, que se limitan al hecho de ofrecer información, es decir, las medidas pasivas a las que se refiere la norma resultan claramente ineficaces para potenciar un verdadero juego responsable<sup>46</sup>. En efecto, estos filtros son ignorados ya que los jóvenes no se detienen nunca en leer y analizar las normas de acceso a las páginas web y mucho menos detienen su atención en el apartado de juego responsable<sup>47</sup>. Pues bien, es vital conocer con la mayor exactitud posible el número de aquellos menores de edad que juegan y las circunstancias que rodean dicha práctica, pues parece que se ha encontrado una relación entre un inicio temprano y la posible existencia posterior de un problema de juego<sup>48</sup>. En efecto, la normativa europea ya había designado a los menores como grupo especialmente vulnerable en 2011 (Comisión Europea, 2011), siendo que los últimos datos de ESTUDES (2019) reportan un 22,7% participación

---

<sup>44</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>45</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>46</sup> Vid. HIDALGO CEREZO, Alberto, "Protección al consumidor e incitación al juego compulsivo en los bonos de bienvenida de las casas de apuestas online", *revista de Internet, derecho y política*, n<sup>o</sup> 26, 2018, pp. 59-82.

<sup>47</sup> Vid. CASES MÉNDEZ, José Ignacio, "Prólogo", en *El juego de azar online en los nativos digitales* (coord. CARBONELL VAYÁ, Enrique & MONTIEL JUAN, Irene), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 15.

<sup>48</sup> Vid. ISORNA, Manuel, FELJÓO, Sandra, MORA SALGUEIRO, Javier, BRAÑA, Teresa, GÓMEZ, Patricia & RIAL, Antonio, "Adolescents, online gambling, problematic internet use and substance consumption", *Health and addictions: salud y drogas*, n<sup>o</sup> 2, 2022, pp. 255-266.

presencial y un 10,3% de participación en juegos de azar online entre los estudiantes de 14 a 18 años<sup>49</sup>.

## V. LOS INFLUENCERS, EL MARKETING DE INFLUENCIA Y LOS MENORES

En los últimos años estamos asistiendo a un nuevo fenómeno mediático protagonizado por los influencers, los blogueros, los youtubers y demás personas que adquieren una notoriedad a través de sus apariciones permanentes en Internet<sup>50</sup>. Debemos analizar a continuación esta importante pieza del entramado publicitario de la red, por ser otro contexto en el que el menor se suele encontrar en una situación de desprotección. El término influencer podría ser definido como un nuevo líder de opinión que convive en el entorno online y que cuenta con capacidad de influencia en un determinado colectivo, para modificar sus opiniones. En efecto, el influencer se beneficia del enorme potencial que tienen las redes sociales, teniendo presente que la mayoría de los usuarios siguen a los influencers en la red para tomar decisiones de compra o inspirarse<sup>51</sup>. Los influencers, centran su actividad y publicaciones en YouTube (los youtubers), Instagram (los instagrammers) y otras redes sociales, incidiendo en el pensamiento y en la forma de actuar de los preadolescentes y convirtiéndose en sus nuevos referentes.

Hay que centrar el foco de atención en la condición de menor de edad, su madurez y desarrollo, para poder dilucidar la validez de su consentimiento y su grado conocimiento a la hora de realizar actividades dentro de la red<sup>52</sup>. Sin duda, es necesaria una especial sensibilización en la materia y así parece entenderlo el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que refleja al menor

---

<sup>49</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>50</sup> Vid. SERRANO MAILLO, Isabel, "Menores y contenidos digitales. Derechos y obligaciones", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 107-122.

<sup>51</sup> Vid. ONETO GONZÁLEZ, Gema, PÉREZ CURIEL, Concha & RISCART LÓPEZ Javier, "Efecto del influencer sobre el nivel de engagement en publicaciones de Instagram", *Revista académica de marketing aplicado*, nº 2, 2020, pp. 76-94.

<sup>52</sup> Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, "Menores y redes sociales: cuestiones legales", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 8, 2015, pp. 33-43.

como posible sujeto afectado por determinadas prácticas. Los jóvenes ocupan hoy en día una posición destacada dentro del mercado de consumo y son un objetivo codiciado para empresas y profesionales a través de técnicas publicitarias, medios de comunicación, pero sobre todo, mediante las tecnologías de la información y de la comunicación, en especial internet. En efecto, los niños y adolescentes no son simplemente un observador de la publicidad, sino que pasan a ser auténticos consumidores de los servicios publicitados<sup>53</sup>. Los espacios virtuales se diseñan para atraer y seducir al usuario, reteniéndolo el mayor tiempo posible y buscando constantemente la herramienta perfecta para lograr un efecto llamada. En la actualidad, existe una creciente industria de creación de contenido comercial digital para las marcas, pues las compañías se esfuerzan por captar la atención y diferenciarse de la competencia. La relación entre los menores de edad y los medios de comunicación han sido un motivo constante de preocupación social. Fruto de esa inquietud son las tradicionales investigaciones sobre los efectos de la televisión en los menores, posteriormente los videojuegos y en la actualidad internet<sup>54</sup>. Los mensajes comerciales en la actualidad utilizan los códigos, el lenguaje y las herramientas habituales de los medios digitales, como el uso de influencers<sup>55</sup>, donde es difícil distinguir la publicidad de la información o del entretenimiento<sup>56</sup>. Asimismo, se ha puesto de relieve la denominada como sexualización de los menores en el ámbito de las redes sociales y su comercialización<sup>57</sup>. En efecto, existen agresivas campañas de marketing dirigidas a los menores en la que se pone de relieve la adopción de roles de los menores propios de personas adultas, superando el concepto de inocencia propio de la

---

<sup>53</sup> Vid. SERRANO MAILLO, Isabel, "Menores y contenidos digitales. Derechos y obligaciones", op. cit.

<sup>54</sup> Vid. CONDE, Manuel Antonio & DELGADO PONCE, Águeda, "Estudio de la competencia mediática frente al impacto de los youtubers en los menores de edad españoles", *Revista de medios y educación*, nº 61, 2021, pp. 257-270.

<sup>55</sup> Vid. RANGEL, Celia, "Inteligencia Artificial como aliada en la supervisión de contenidos comerciales perjudiciales para menores en Internet", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 17-30.

<sup>56</sup> Vid. SÁDABA CHALEZQUER, Charo & FEJOO FERNANDEZ, Beatriz, "Atraer a los menores con entretenimiento: nuevas formas de comunicación de marca en el móvil", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 79-91.

<sup>57</sup> Vid. LLOVET RODRÍGUEZ, Carmen, DÍAZ BUSTAMANTE, Mónica & MÉNDIZ NOQUERO, Alfonso, "Estado de la cuestión sobre la sexualización infantil en el entorno digital y propuestas de alfabetización mediática", *revista interdisciplinaria de estudios de comunicación y ciencias sociales*, nº 28, 2019, pp. 223-240.

infancia influyendo en el comportamiento de los menores, a través de la publicidad y la participación activa<sup>58</sup>.

En el contexto digital, el influencer se ha convertido en un intermediario que actúa frecuentemente entre las marcas y los consumidores finales, siendo su presencia natural para los menores durante su navegación por internet y las redes sociales. La relación entre redes sociales en sentido amplio y los influencers, han dado como resultado la aparición de una nueva tendencia de marketing conocida como marketing de influencia, consistente en una estrategia colaborativa entre empresas y personas influyentes en las redes sociales donde ambas se benefician de esa colaboración<sup>59</sup>. Precisamente, el denominado como marketing de influencia se ha convertido en una de las estrategias digitales más atractivas para las marcas, pues logran ganar visibilidad en el público deseado a través de una conexión más natural y espontánea con el público objetivo<sup>60</sup>. Los menores y los padres son totalmente ajenos a la verdadera influencia que están teniendo éstos influencers en las vidas de sus hijos y los cambios que están produciendo en la construcción de su identidad y personalidad, así como en los cambios sociales que están produciendo<sup>61</sup>. Por ello, pese a que la principal función de los influencers en este ecosistema publicitario es la informativa, atendiendo a los intereses específicos y personales de los usuarios mediante una experiencia más inmersiva y personalizada, lo cierto es que las fronteras son cada vez más difusas entre lo persuasivo y el mero entretenimiento<sup>62</sup>. La conexión emocional es notablemente más intensa si el producto o marca comercial forma parte del entorno, ya sea porque son utilizados por sus adultos de referencia, por sus familias o por sus pares<sup>63</sup>. En definitiva, el influencer es una persona que posee cierta credibilidad sobre un tema concreto y su presencia e influencia lo convierten en un prescriptor

---

<sup>58</sup> Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, *Menores de edad, integración social y entorno digital: garantías y derechos en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Editorial Universidad Politécnica de València, Valencia, 2021.

<sup>59</sup> Vid. ONETO GONZÁLEZ, Gema, PÉREZ CURIEL, Concha & RISCART LÓPEZ, Javier, "Efecto del influencer sobre el nivel de engagement en publicaciones de Instagram", *op. cit.*

<sup>60</sup> Vid. *Ídem.*

<sup>61</sup> Vid. *Ídem.*

<sup>62</sup> Vid. RENGEL, Celia, "Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 2, 2018, pp. 341-343.

<sup>63</sup> Vid. GONZÁLEZ-DURAN MUÑOZ, Miguel, "Marketing' infantil: Lo que las marcas deben tener en cuenta hoy en día", *Harvard Deusto business review*, nº 308, 2021, pp. 56-62.

idóneo de una marca determinada mediante el empleo recurrente de publicidad encubierta.

El artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/2007 fue modificado y se añadió un tercer párrafo por el Real Decreto-ley 1/2021, mencionado en líneas anteriores, precisando que *“en el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad”*. Por otro lado, es destacable que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su Preámbulo recoge el establecimiento de protocolos y hace una referencia a denominada violencia digital, dentro del concepto de violencia, incluyendo tanto acciones, omisiones o trato de carácter negligente para privación de los derechos y bienestar, así como acciones que constituyan amenaza al desarrollo, mencionando expresamente a las TIC en su artículo 1.2. El artículo 46 de la citada norma establece la colaboración de las administraciones públicas con el sector privado, para la creación de entornos digitales seguros.

Por tanto, la protección de los menores en el ámbito digital tiene que realizarse mediante el incremento de los instrumentos de garantía existentes, ya que la posibilidad de vulnerabilidad es muy superior a la que se da en un entorno analógico, pues conllevan una influencia negativa en el ámbito del menor a través de publicidad engañosa. En definitiva, resulta conveniente destacar que en la mayoría de las ocasiones, los menores no son conscientes, ni perciben las vulnerabilidades a la que se están siendo sometidos, sin embargo, los adultos sí suelen percibirlos, es decir, los códigos que utilizan los menores y adultos no son los mismos en cuanto a la identificación de los riesgos<sup>64</sup>. Ciertamente, es cada vez más frecuente la identificación del contenido comercial por parte de los creadores de contenido, aunque todavía se necesita una mayor sensibilización, pues existe consenso en determinar que todos los actores de la creación de contenidos deben

---

<sup>64</sup> Vid. GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, SUÁREZ ÁLVAREZ, Rebeca & MONTES VOZMEDIANO, Manuel, "Situaciones de vulnerabilidad en los vídeos de los youtubers adolescentes Diferencias de género y edad", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 93-106.

contribuir a una correcta identificación de los mensajes publicitarios, con especial atención a los influencers, capaces de ejercer un poder de persuasión mayor en los menores que el que tiene la publicidad clásica<sup>65</sup>. En efecto, los creadores de contenido deben ser especialmente sensibles y responsables en el caso de los menores, identificando más claramente que, lo que comentan los influencers es publicidad para hacer posible que, de este modo, los menores tengan libertad de decisión<sup>66</sup>.

En la actualidad, se ha llegado a plantear desde el ámbito europeo, la posibilidad de implantar herramientas de Inteligencia Artificial (IA) para que los prestadores de servicio y los reguladores puedan detectar contenidos nocivos en internet. En efecto, existen contenidos comerciales perjudiciales para los menores, y estas herramientas de IA deberían implantarse con un pleno respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Constitución Española. Sin duda, la IA es una herramienta que puede ser clave para que prestadores de servicios, reguladores e investigadores puedan automatizar la detección de contenido comercial perjudicial para los menores, haciéndolo compatible con la necesaria supervisión humana en la gestión y aplicación de la IA. La necesidad de implantar potentes herramientas de IA vendría ocasionada por el hecho de que, tal y como hemos visto anteriormente, la fusión entre publicidad y contenido hace muy difícil que menores sean capaces de distinguir los contenidos comerciales potencialmente perjudiciales<sup>67</sup>. Cabe recordar que el origen de la IA fue su implantación para analizar el big data de diversas industrias, debido a una enorme capacidad computacional en tareas asociadas a la inteligencia humana relacionadas con el aprendizaje continuo, resolución y explicación de problemas y creación de patrones a través de algoritmos. Pues bien, sin nos centrarnos en las diversas herramientas de IA, hay que mencionar que algunas de las herramientas con mayor uso son aquellas asociadas al machine learning, deep learning y al natural language processing, pues son capaces de extraer información de los datos ya

---

<sup>65</sup> Vid. RENGEL, Celia, "Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada", *op. cit.*

<sup>66</sup> Vid. *Ídem.*

<sup>67</sup> Vid. LEE OLSTAND, Dana & LEE, Joon, "Leveraging artificial intelligence to monitor unhealthy food and brand marketing to children on digital media", *The Lancet Child Adolesc Health*, nº 6, 2020, pp. 418-420.

existentes para analizar problemas, establecer patrones y tomar decisiones futuras<sup>68</sup>.

## **VI. CONCLUSIONES**

La era digital ha supuesto grandes retos para el legislador, pues la masiva utilización de las redes sociales por parte de los menores incrementa exponencialmente su exposición a los riesgos digitales. El contexto del mundo digital respecto a los menores provoca la conocida como vulnerabilidad digital, en la que estos, no son capaces de poder diferenciar comportamientos que pueden provocar consecuencias negativas y la vulneración de sus derechos. En efecto, esta realidad se incrementa por la falta de una regulación específica, más allá de la normativa dispersa analizada en las líneas anteriores, sobre el entorno digital y los menores, creando auténticas lagunas de desprotección. La sociedad avanza hacia la digitalización absoluta y desatiende la indefensión de este colectivo vulnerable, que no cuentan con elementos suficientes para evitar la vulneración de sus derechos. En la actualidad la normativa es totalmente insuficiente, especialmente por carecer de la necesaria especialización y ser excesivamente genérica, sin adaptarse a las particularidades de los casos concretos. Existen numerosos riesgos que se plantean en relación con la participación de los menores de edad en las actividades de la red, constituyendo un colectivo especialmente sensible y vulnerable.

La sociedad ha evolucionado de forma rápida, pero los peligros que pueden producirse no han sido atendidos normativamente de forma paralela, sino que muy al contrario, se produce una potencial situación de indefensión, ya que la información que se facilita en dichos medios no queda solamente circunscrita a los sujetos inicialmente destinatarios, sino que puede ser accesible por terceras personas. El futuro legislador deberá tomar conciencia de la necesidad de una regulación que contemple específicamente los supuestos analizados en el

---

<sup>68</sup> *Vid.* GOUDA, Nikhil Kumar, BISWAL, Santosh Kumar & PARVEEN, Binish, “Application of artificial intelligence in advertising & public relations and emerging ethical issues in the ecosystem”, *International Journal of Advanced Science and Technology*, nº 29, 2020, pp. 7561-7570.

presente trabajo, pues sería extraordinariamente beneficioso para la protección jurídica de los menores en particular y para el adecuado desarrollo de las herramientas digitales en general. Se debe priorizar la alfabetización digital e incrementar la sensibilidad del público hacia las nuevas herramientas digitales. Asimismo, la educación digital debe enfocarse en informar de los grandes riesgos existentes en la red, poniendo en práctica las políticas adecuadas que permitan asegurar, controlar y auditar con un nivel adecuado la protección de los datos y la privacidad de los menores. Respecto de los juegos y apuestas online, el legislador debe considerar y concretar un desarrollo normativo eficaz y configurar auténticos planes integrales de juego responsable que garanticen un modelo de juego seguro y controlado. Debe valorarse la especialidad de este contexto online, de tal forma que la publicidad y la promoción del juego se base en criterios de protección de los consumidores sabiendo que, aun cuando les está prohibido, los menores tienen facilidad de acceso al juego de azar online. Las administraciones públicas e instituciones deben establecer políticas de juego responsable y sensibilizar a la sociedad. En definitiva, todos los agentes implicados en la actividad del juego deben por su parte aportar instrumentos de prevención y sensibilización enfocados hacia una problemática que cuenta todavía con una mínima conciencia social y una excesiva despreocupación.

En la actualidad, es innegable que la protección jurídica de los hijos es cada vez mayor, pues el legislador es cada vez más consciente de los peligros de la digitalización de nuestra sociedad. No obstante, los conceptos madurez, suficiente juicio o consentimiento de los hijos menores de edad siguen siendo enormemente difusos en nuestro ordenamiento jurídico, lo que dificulta la aplicación práctica en los supuestos de la vida diaria, creando cierta inseguridad e indefensión. Los creadores de contenido comercial deben identificar la naturaleza de la información publicitaria y debemos buscar una mayor sensibilización social, pues es necesario identificar correctamente los mensajes publicitarios. Los influencers, cuenta con un enorme poder de persuasión en los menores y deben ser especialmente sensibles y responsables en el caso de los menores. Las características propias de las TICs, en relación con la desprotección de los menores de edad, hacen necesaria una adaptación de las normas generales ya existentes en la materia, así como la adopción de normativas e instrumentos

específicos. En todo caso, la nueva realidad de la era digital exige, dadas sus especiales características, la instauración de mecanismos de regulación y autorregulación nuevos o de la adaptación de los ya vigentes. Las actuales tendencias deben orientarse hacia los mecanismos de autorregulación creados por el propio sector, y que sirven como complemento de los sistemas legales y jurisdiccionales de los diferentes países. En efecto, una autorregulación eficaz es imprescindible para servir de complemento eficaz y creíble a los tradicionales instrumentos jurídicos y garantizar unos niveles elevados de seguridad jurídica y protección de los derechos de todas las partes implicadas.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN ROSELLÓ, Laura & MÉNDEZ BALLESTEROS, Elena, "Influencia de las Nuevas Tecnologías entre el alumnado de 10 a 12 años", *International Journal of New Education*, nº 7, 2021, pp. 191-210.

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Isabel Dans & MUÑOZ CARRIL, Pablo Cesar, "Internet y redes sociales: un desafío a la convivencia familiar", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, nº 2, 2021, pp. 123-142.

ARRIVILLAGA, Christiane, REY, Lourdes & EXTREMERA, Natalio, "Perfil emocional de adolescentes en riesgo de un uso problemático de internet", *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, nº 1, 2021, pp. 47-53.

CABERO ALMENARA, Julio & PALACIOS RODRÍGUEZ, Antonio, "Marco Europeo de Competencia Digital Docente", *Revista de Educación Mediática y TIC*, nº 1, 2020, pp. 213-234.

CASES MÉNDEZ, José Ignacio, "Prólogo", en *El juego de azar online en los nativos digitales* (coord. CARBONELL VAYÁ, Enrique & MONTIEL JUAN, Irene), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 15.

CONDE, Manuel Antonio & DELGADO PONCE, Águeda, "Estudio de la competencia mediática frente al impacto de los youtubers en los menores de edad españoles", *Revista de medios y educación*, nº 61, 2021, pp. 257-270.

ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis & PALAO MORENO, Guillermo, "Capacidad y régimen de incapacidades", en *Derecho Internacional Privado*, (coord. ESPLUGUES MOTA, Carlos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 391-436.

GARCÍA GARCÍA, Ainoa, "La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen", *Revista de derecho uned*, n° 27, 2021, pp. 455-492.

GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, SUÁREZ ÁLVAREZ, Rebeca & MONTES VOZMEDIANO, Manuel, "Situaciones de vulnerabilidad en los vídeos de los youtubers adolescentes Diferencias de género y edad", *Revista Mediterránea de Comunicación*, n° 1, 2022, pp. 93-106.

GARCÍA RUÍZ, Pablo, BUIL, Pilar & SOLÉ MORATILLA, María José, "Consumos de riesgo: menores y juegos de azar online. El problema del juego responsable", *Política y sociedad*, n° 2, 2016, pp. 551-575.

GLADYS VUANELLO, Graciela Roxana, "Los niños frente a Internet: seguridad, educación y tecnología", *Revista trayectorias*, n° 41, 2015, pp. 108-129.

GONZÁLEZ-DURAN MUÑOZ, Miguel, "Marketing' infantil: Lo que las marcas deben tener en cuenta hoy en día", *Harvard Deusto business review*, n° 308, 2021, pp. 56-62.

GOUDA, Nikhil Kumar, BISWAL, Santosh Kumar & PARVEEN, Binish, "Application of artificial intelligence in advertising & public relations and emerging ethical issues in the ecosystem", *International Journal of Advanced Science and Technology*, n° 29, 2020, pp. 7561-7570.

HERNÁNDEZ PRADOS, María Ángeles, LÓPEZ VICENT, Patricia & GAMBOA GIL DE SOLA, Gonzalo, "Análisis documental sobre los riesgos y las posibilidades de internet para los menores. Pautas educativas dirigidas a familias", *Revista Interuniversitaria de Investigación en Tecnología Educativa*, n° 10, 2021, pp. 9-22.

HERNÁNDEZ SERRANO, María José, RENÉS ARELLANO, Paula, CAMPOS ORTUÑO, Rosalynn & GONZÁLEZ LARREA, Belén, "Privacidad en redes

sociales análisis de los riesgos de autorrepresentación digital de adolescentes españoles", *Revista latina de Comunicación social*, nº 79, 2021, pp. 133-154.

HIDALGO CERREZO, Alberto, "Protección al consumidor e incitación al juego compulsivo en los bonos de bienvenida de las casas de apuestas online", *revista de Internet, derecho y política*, nº 26, 2018, pp. 59-82.

ISORNA, Manuel, FEIJÓO, Sandra, MORA SALGUEIRO, Javier, BRAÑA, Teresa, GÓMEZ, Patricia & RIAL, Antonio, "Adolescents, online gambling, problematic internet use and substance consumption", *Health and addictions: salud y drogas*, nº 2, 2022, pp. 255-266.

LEE OLSTAND, Dana & LEE, Joon, "Leveraging artificial intelligence to monitor unhealthy food and brand marketing to children on digital media", *The Lancet Child Adolesc Health*, nº 6, 2020, pp. 418-420.

LLAMAS BAO, Cristina, "Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española", *Revista jurídica de la universidad de León*, nº 8, 2021, pp. 203-219.

LLOVET RODRÍGUEZ, Carmen, DÍAZ BUSTAMANTE, Mónica & MÉNDIZ NOQUERO, Alfonso, "Estado de la cuestión sobre la sexualización infantil en el entorno digital y propuestas de alfabetización mediática", *revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales*, nº 28, 2019, pp. 223-240.

LÓPEZ DE AYALA, María Cruz, PONTE, Cristina & MARTÍN NIETO, Rebeca, "Mediación parental y habilidades digitales de los adolescentes de la Comunidad de Madrid: competencias y desempeño", *Revista Latina de Comunicación Social*, nº 79, 2021, pp. 111-132.

LÓPEZ GÓMEZ, Silvia, RIAL BOUBETA, Antonio, MARÍN SUELVE, Diana & RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Jesús, "Videojuegos, salud, convivencia y adicción ¿Qué dice la evidencia científica?", *Psychology, Society & Education*, nº 1, 2022, pp. 45-54.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Silvia, "Menores y 'social media': usos, riesgos y medidas de protección", *Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación*, nº 119, 2022.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "Las apuestas deportivas online y la protección de los menores. A propósito del Anteproyecto de Ley de Regulación del Juego", *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, nº 9, 2010, pp. 13-30.

MORENO, Megan Andreas, JELENCHICK, Lauren A. & CHRISTAKIS, Dimitri A., "Problematic internet use among older adolescents: A conceptual framework. *Computers in Human Behavior*, nº 29, 2013, pp. 1879–1887.

OMELCHUK, Oleksandr, CHERNIAK, Olena & TYSHCUK, Nataliia, "Protection of the rights of children and minors in their transactions in the information society", *Ius Humani Revista de Derecho*, nº 2, 2020, pp. 25-46.

ONETO GONZÁLEZ, Gema, PÉREZ CURIEL, Concha & RISCART LÓPEZ Javier, "Efecto del influencer sobre el nivel de engagement en publicaciones de Instagram", *Revista académica de marketing aplicado*, nº 2, 2020, pp. 76-94.

PEÑA JIMÉNEZ, Pedro José, "Entre analogías y metáforas: el debate sobre la moderación de contenidos en las redes sociales", *Revista de las Cortes Generales*, nº 111, 2021, pp. 265-311.

PÉREZ SÁNCHEZ, Rolando & TORRES FERNÁNDEZ, David, "El contexto educativo como predictor de habilidades digitales y comportamientos riesgosos en Internet", *revista perfiles educativos*, nº 174, 2021, pp. 63-76.

PÉREZ SÁNCHEZ, Rolando, "Predictores de la mediación parental del uso de la Internet de niños y adolescentes y su asociación con las oportunidades y riesgos de dicho uso", *revista signo y pensamiento*, nº 80, 2022, pp. 1-20.

RAMÍREZ GARCÍA, Antonia, GUTIERREZ ARENAS, María del Pilar & GÓMEZ MORENO, Marta, "Maquiavelismo y deseo de querer ser youtuber y/o influencer en las generaciones Z y Alfa", *El profesional de la información*, nº 2, 2022, pp. 1-14.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, "Menores y redes sociales: cuestiones legales", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 8, 2015, pp. 33-43.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, *Menores de edad, integración social y entorno digital: garantías y derechos en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Editorial Universidad Politécnica de València, Valencia, 2021.

RANGEL, Celia, "Inteligencia Artificial como aliada en la supervisión de contenidos comerciales perjudiciales para menores en Internet", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 17-30.

RENGEL, Celia, "Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 2, 2018, pp. 341-343.

RENN, Ortwin. & BENIGHAUS, Christina, "Perception of technological risk: insights from research and lessons for risk communication and management", *Journal of Risk Research*, nº 16, 2013, pp. 293-313.

ROBLES GAVIRA, Gabriel, "Hábitos de uso y riesgos relacionados con las TIC en escolares de Cádiz de 9 a 16 años", *Revista de estudios socioeducativos*, nº 10, 2022, pp. 323-326.

SÁBADA CHALEZQUER, Charo & FEIJOO FERNANDEZ, Beatriz, "Atraer a los menores con entretenimiento: nuevas formas de comunicación de marca en el móvil", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 79-91.

SERRANO MAILLO, Isabel, "Menores y contenidos digitales. Derechos y obligaciones", *Revista Mediterránea de Comunicación*, nº 1, 2022, pp. 107-122.

TRONCOSO REIGADA, Antonio, "La protección de datos personales", en *busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1687.

VIEDMA ANSA, Marta, "La protección del usuario en el juego online", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 16, 2022, pp. 552-579.



## CAPÍTULO XXI

### El interés superior del niño y el fenómeno del *sharenting*: respuestas desde el Derecho

*Luis Pérez Orozco*

*Universidad de Alicante (ESPAÑA)*

*Iris María Méndez Trujillo*

*Universidad de Matanzas (CUBA)*

**SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCIÓN. II. EL SHARENTING: GENERALIDADES SOBRE UN FENÓMENO SOCIAL. III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO. ASPECTOS LEGALES ENTRE ESPAÑA Y CUBA. IV. A MODO DE CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. BREVE INTRODUCCIÓN**

El uso de las redes sociales se ha incrementado exponencialmente. Las huellas digitales de los menores de edad se generan cuando las familias muestran públicamente las primeras fotos del nasciturus en la red de redes. Desde la irrupción del Internet y especialmente de las redes sociales, el fenómeno de compartir todo tipo de información ha comenzado a recibir mayor atención tanto en la academia como en los legisladores. A pesar de ello, la literatura acerca de las particularidades de socializar vía *online* las imágenes, videos y datos de los menores de edad, no es abundante. La práctica del *sharenting* (como se le conoce a la conducta antes descrita cometida por padres y familiares) se ha convertido en una rutina, sin que los responsables de velar por el interés de niñas, niños y

adolescentes reparen en los posibles riesgos o daños a estos. Esta ponencia persigue explicar la tutela jurídica del *sharenting* en tanto fenómeno social con implicaciones directas para el interés superior del niño. La investigación, además, identifica los principales instrumentos legales internacionales y comunitarios para enfrentar la sobreexposición de niños en Internet. También menciona brevemente las normas más significativas de España y Cuba atinentes a este tema.

## **II. EL SHARENTING: GENERALIDADES SOBRE UN FENÓMENO SOCIAL**

Las redes sociales digitales se han convertido en plataformas esenciales para las interacciones humanas y la presentación personal mediante la publicidad de imágenes, videos, ideas o hechos. Pero con frecuencia, se usan no solo para divulgar información sobre la vida propia, sino también la de los hijos. El fenómeno de compartir información íntima sobre las niñas, niños y adolescentes por parte de sus familiares a través de Internet crece rápidamente, al punto de ser esta práctica una norma social en la actualidad. La web es inundada por información y fotos que muestran a los menores de edad en diferentes situaciones cotidianas, incluso íntimas, bajo la concepción del afecto hacia ellos. En consecuencia, los padres pueden divulgar información personal y dar contorno a la identidad digital de sus hijos mucho antes de que decidan tener o no presencia en la web. Con la información compartida, los padres reciben soporte emocional durante la crianza y socializan con personas de actitudes afines. Sin embargo, cuando un menor de edad entra en la adolescencia y comienza a utilizar plataformas digitales, a menudo debe lidiar con la presencia de sus padres en las redes y con las publicaciones que en la niñez fueron compartidas *online*.

“En el caso de los menores de edad, sus derechos exigen adoptar cuidados y mecanismos especiales de protección que aseguren el pleno disfrute y desarrollo de su personalidad. Así, uno de los derechos de personalidad es el de identidad de los sujetos, que comprende una serie de atributos y características que permite la identificación e individualización de las personas. Como se sabe, el derecho a

la protección de datos tutela a la persona en el ámbito de su información, es decir, aquélla que lo identifica o hace identificable. En este sentido, la identidad de la persona puede afectarse como consecuencia de un sinfín de contextos, entre ellos internet y redes sociales. No es desconocido que el derecho a la identidad se encuentra especialmente incardinado con el derecho a la vida privada y el principio de autonomía de la persona. Todos ellos, garantes del reconocimiento de la dignidad humana, en la niñez y la adolescencia tienen los mismos efectos y, aún más, exigen la adopción de medidas especiales de protección por el grado de vulnerabilidad al que pueden verse expuestos. En cualquier caso, los riesgos o amenazas a los que se enfrentan los menores pueden ser impredecibles cuando media el uso de tecnologías”<sup>1</sup>.

El término *sharenting*, proveniente de la contracción de las palabras inglesas *share* (compartir) y *parenting* (crianza), capta con claridad el sentido de estos actos cometidos por los familiares respecto a los más pequeños de casa. Algunas de esas conductas pudieran infringir el derecho a la privacidad, intimidad y honor de los hijos, pues se pierde la capacidad de controlar el destino de las imágenes y datos compartidos en la web. A partir de lo anterior, el *sharenting* puede ser definido como el acto publicar en internet la imagen y los datos sobre los hijos menores de edad. “Esta normalización del término ha venido acompañada de una proliferación de estudios sobre el tema, no solo desde el ámbito jurídico, sino también educativo, pedagógico e incluso económico. Así, además de los trabajos jurídicos sobre las implicaciones legales que podría tener este fenómeno, ya hay estudios que analizan los motivos por los que los progenitores comparten tal contenido, sobre las consecuencias psico-sociales que el *sharenting* podría tener sobre los menores, o sobre el uso comercial que algunos progenitores harían de estas fotografías”<sup>2</sup>. Las investigaciones indican que el 75% de ellos usan las redes sociales al menos una vez al mes para compartir fotos, videos y actualizaciones online del estado de sus hijos. Como los padres detentan la patria potestad,

---

<sup>1</sup> ORDÓÑEZ PINEDA, Luis y CALVA JIMÉNEZ, Stefany, “Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del *Sharenting*”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 9, n° 2, 2020, p. 106.

<sup>2</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia, “De nuevo sobre el *sharenting* y los derechos de la personalidad de los menores de edad”, en ALONSO SALGADO, Cristina; SÁNCHEZ RUBIO, Ana y RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo (directores); OTERO CRESPO, Marta; VALIÑO CES, Almudena y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana (coordinadores): *Retos jurídicos de actualidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2021, p. 80.

entonces son los responsables de la información personal de sus hijos y están obligados a protegerlos de eventuales daños. Pero, por otro lado, solo los padres pueden decidir si se aportará información a las redes sociales y en qué medida. Por tanto, si bien ellos son la primera línea de defensa para proteger la privacidad de sus hijos, en algunos casos no es así. Cuando la niña, niño o adolescente tiene la capacidad suficiente para determinar qué hacer con su imagen, los padres deberían considerar el consentimiento de los infantes si se desea compartir públicamente imagen o video de ellos en la red de redes.

Con el paso del tiempo, los adolescentes se encuentran luego en la tesitura de lidiar con sus propias publicaciones, así como las generadas por sus familiares<sup>3</sup>. Las aplicaciones de redes sociales son parte de la vida diaria de los adolescentes. En Europa, el 77% de los jóvenes de 15 a 16 años visitan sitios de redes sociales asiduamente. En promedio, el 81% de ellos se conectan a Internet a través de un teléfono móvil<sup>4</sup>. Esta etapa de la vida se caracteriza por transiciones importantes. Durante la adolescencia se transita de la niñez a la edad adulta. Los adolescentes logran mejoras en el procesamiento de la información, el razonamiento y la adquisición de experiencia. El cambio emocional de los jóvenes está relacionado con la modificación en la forma en que se perciben y con su creciente capacidad de independencia. Al mismo tiempo, la relación entre los adolescentes y sus padres cambia. Los jóvenes pasan más tiempo con amigos, menos con sus padres. En general, los compañeros se convierten en sus confidentes preferidos para compartir sus sentimientos y pensamientos. Los adolescentes también desarrollan relaciones con otros en las redes sociales, con quienes comparten amigos, actividades o intereses. “Para la mayoría de los jóvenes, los medios de comunicación e Internet son el lugar desde el cual dan sentido a su identidad. Es uno de los pocos espacios que, según su propia percepción, les pertenece a ellos, habla de ellos y a ellos. Les permite entender quiénes son, cómo se los define socialmente y cómo es y funciona la sociedad en la que viven. A través de los medios y las tecnologías, los adolescentes modelan sus identidades individuales y colectivas y aprenden a hablar de sí mismos en relación con los otros. Los

---

<sup>3</sup> Con traducción libre al castellano de los autores BLUM-ROSS, Alicia y LIVINGSTONE, Sonia, “Sharenting, parent blogging, and the boundaries of the digital self”, *Popular communication*, vol. 15, n° 2, 2017, pp. 110-125.

<sup>4</sup> Véase en extenso el estudio de SMAHEL, David, et al., *EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries*, EU Kids Online, Londres, 2020.

jóvenes, cuyas identidades están atravesadas por el texto escrito, la imagen electrónica y la cultura digital, viven una experiencia cultural propia, que supone nuevas maneras de percibir, de sentir, de escuchar, de leer y de ver el mundo”<sup>5</sup>.

A medida que los amigos ganan un lugar predominante en la vida de los adolescentes, estos se preocupan más por las impresiones y aceptación de sus congéneres. Tanto *in* como *offline*, este grupo etario percibe qué comportamiento es deseado, aprobado o no por sus semejantes. En el desarrollo de su identidad, también ellos experimentan con su autopresentación en línea. Mediante el uso de configuraciones de privacidad, se delimitan qué información pueden ver los contactos de redes sociales. Mientras tanto, aspiran a la reciprocidad y a una mayor igualdad de poder en las relaciones con sus padres, lo que genera conflictos. En esa dinámica es posible que las publicaciones de los padres sobre sus hijos no encajen con la forma de cómo los adolescentes quieren ser vistos, de esta manera la práctica del *sharenting* los afecta. Con frecuencia, ellos no tienen control sobre el contenido compartido en línea por los padres y muchos menos pueden impedirlo. Dicha circunstancia incide en la tendencia de compartir cada vez menos información personal con sus padres. Las imágenes divertidas de los primeros años de infancia, podrían verse como vergonzosas en una etapa posterior de la vida. En resumen, divulgar la información personal de la niña, niño o adolescente en las redes sociales afecta su privacidad.

Las oportunidades que las redes sociales ofrecen a los padres para compartir mensajes positivos relacionados con sus hijos resaltan la necesidad de encontrar puntos en común entre padres e hijos con respecto a los límites de la divulgación digital de información personal. De ahí la importancia de establecer límites internos y externos de la privacidad en la familia. *Verbi gratia*, para gestionar la presencia del menor de edad en las redes sociales, los padres pueden comunicar a otros miembros de la familia qué contenido del niño encuentran apropiado o no para compartir con miembros o no de la familia. Es por ello que especialmente, el derecho de niñas, niños y adolescentes a la privacidad puede chocar con la voluntad de los padres de compartir información sobre ellos. “Los padres, en

---

<sup>5</sup> MORDUCHOWICZ, Roxana, *Los adolescentes y las redes sociales: la construcción de la identidad juvenil en internet*, Fondo de Cultura Económica Argentina, Buenos Aires, 2021, p. 16.

representación de la familia y bajo el principio de corresponsabilidad, son considerados como los defensores naturales de la identidad digital de sus hijos. No obstante, no siempre cumplen con este deber, pues asegurando que tienen el derecho de publicar información de sus hijos mediante un ejercicio extralimitado de la patria potestad, olvidan los principios fundamentales de consentimiento e interés superior del niño (...) La evolución de las tecnologías de la información y comunicación ha llegado a significar una potencial amenaza para la defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En lo que refiere al derecho a la protección de datos personales, el uso de las tecnologías plantea no sólo la exigencia de un marco de regulación apropiado, sino también la observancia de los deberes y responsabilidades que corresponden a la familia, toda vez que internet y redes sociales convierten a niños y adolescentes en blancos fáciles de quienes se aprovechan de la información personal registrada en la web”<sup>6</sup>. Sin embargo, las transgresiones de la privacidad pueden tener resultados potencialmente positivos. Estos momentos críticos pueden convertirse en oportunidades para reafirmar o replantear las reglas de privacidad. Es criterio de los autores de esta investigación que los padres de hoy día deben asumir el papel de administradores de la privacidad y las identidades digitales de sus hijos, y por ende responsabilizarse de decidir la pertinencia de compartir información sobre ellos, así como asegurar que familiares y amigos también respeten la integridad de esos estándares.

### **III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO. ASPECTOS LEGALES ENTRE ESPAÑA Y CUBA**

La Convención de Derechos del Niño es el instrumento jurídico internacional que respalda e impulsa la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Su archiconocido artículo 3 apartado 1 señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

---

<sup>6</sup> ORDÓÑEZ PINEDA, Luis y CALVA JIMÉNEZ, Stefany, “Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del Sharenting”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 9, n° 2, 2020, pp. 117 y 120.

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este precepto establece la importancia del interés superior en relación con la toma de decisiones sobre los niños, niñas y adolescentes donde siempre deberá prevalecer. Más adelante, en su artículo 16 dispone que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. De tal manera, “siendo que el interés superior del niño y niña, establecido en el artículo tercero de la misma convención, se encuentra por encima de los intereses de los padres (madre y/o padre), estos derechos a la privacidad y a la identidad deberían ser protegidos por las instituciones del Estado (...) Resulta imperativo, entender que existe una separación entre la identidad del niño o niña y la de los padres; que a pesar de que dependan de ellos, no son su propiedad y sus acciones deben estar condicionadas al interés superior del niño o niña. Por ello, hasta que el niño o niña no pueda formarse una opinión más o menos fundamentada, si es correcto o no compartir determinado contenido sobre su vida en redes sociales, esta decisión no recae sobre los padres, debe ser pospuesta en el tiempo hasta que quien asume las consecuencias, sea quien tome la decisión”<sup>7</sup>.

A nivel internacional no se debe obviar la Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Ese órgano especializado de la ONU advierte que “la privacidad es vital para la autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos. Los datos personales de los niños se procesan para ofrecerles prestaciones educativas, sanitarias y de otra índole. Las amenazas a la privacidad de los niños pueden provenir de la reunión y el procesamiento de datos por instituciones públicas, empresas y otras organizaciones, así como de actividades delictivas como el robo de la identidad. Esas amenazas también pueden surgir como resultado de las propias actividades de los niños y de las actividades de los miembros de la familia, sus iguales u otras

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ TORTOLERO, Carlina Rosalí y MENDOZA VÁZQUEZ, José Luis, “El sharenting y sus implicaciones en la identidad digital”, *Revista Arjé*, vol. 12. n° 23, Edición Especial, julio – diciembre de 2018, pp. 348 y 354.

personas, por ejemplo cuando los padres publican fotografías en línea o una persona desconocida difunde información sobre un niño”<sup>8</sup>.

En la Unión Europea se destaca la Carta Europea de Derechos del Niño<sup>9</sup>. De acuerdo a esa normativa “todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor (...) tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad”. Actualmente en el ámbito comunitario europeo se debe hacer referencia al Reglamento General de Protección de Datos 2016/679<sup>10</sup>. De especial interés es su considerando 38: “Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños”. Con posterioridad el considerando 65 dice: “En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde

---

<sup>8</sup> Observación general n° 25 de 2 de marzo de 2021 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

<sup>9</sup> Resolución A3-0172/92 del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992.

<sup>10</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño”<sup>11</sup>.

Disposiciones como las anteriores han preparado las bases para la reclamación judicial de derechos en casos de *sharenting*, en ese sentido Italia reporta uno de los litigios más comentados. El padre de un menor de edad opta por la continuidad de estudios en el extranjero de su hijo debido a la necesidad de distanciarlo del contexto social en el que todos sus compañeros estarían al tanto de sus hechos personales, dados a conocer por su madre con el constante uso de las redes sociales. El Tribunal de Roma resolvió que: *“Deve essere disposta, a tutela del minore e al fine di evitare il diffondersi di informazioni anche nel nuovo contesto sociale frequentato dal ragazzo, l’immediata cessazione della diffusione da parte della madre in social network di immagini, notizie e dettagli relativi ai dati personali e alla vicenda giudiziaria inerente il figlio (...) Deve, inoltre, essere previsto che la resistente rimuova dai social network immagini, informazioni, ogni dato personale relativo al figlio ed alla vicenda processuale relativa al minore, inseriti dalla stessa in social network, nel termine indicato in dispositivo. Inoltre, per evitare che contenuti analoghi siano diffusi da terzi deve essere autorizzato il tutore a diffidare soggetti terzi, diversi dalla resistente, dal diffondere tali informazioni, nonché deve essere previsto che il tutore richieda anche a terzi la rimozione di tali contenuti e ai gestori dei motori di ricerca di deindicizzare informazioni relative al minore”*<sup>12</sup>.

Una visión panorámica del ordenamiento jurídico español la brinda GARCÍA GARCÍA y a ella se remiten los autores de esta ponencia<sup>13</sup>. La Carta Magna de este país estipula en su artículo 18 la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además, indica que la ley limitará el uso de la informática para garantizar dichos derechos. Estos preceptos se desarrollan en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En su artículo segundo, apartado uno

---

<sup>11</sup> Ídem.

<sup>12</sup> Tribunale di Roma, Prima Sezione Civile, ordinanza del 23 de diciembre de 2017, procedimiento 39913/2015, <https://www.privacyitalia.eu/wp-content/uploads/2018/01/tribunaleromaordinanza23dicembre2017.pdf>

<sup>13</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, Ainoa, “La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen”, *Revista de Derecho de la UNED*, nº 27, 2021, pp. 455-492 y *La protección del menor en el derecho europeo y español. El sharenting y su problemática*, editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2021.

especifica que “la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. En el orden de los niños, su artículo tercero, apartado uno es del tenor que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. *Ergo*, no toda práctica de *sharenting* constituye intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor debido a la evolución de las costumbres individuales, grupales y sociales.

El espectro legislativo se completa con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil al reconocer que “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (...) La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”<sup>14</sup>. También resulta de aplicación el Código Civil, según el cual “siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde

---

<sup>14</sup> Artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”<sup>15</sup>.

Todo este marco legal, ha servido de fundamento para las demandas entabladas en algunos tribunales españoles y que guardan relación con el fenómeno del *sharenting*. “Las Audiencias Provinciales entienden que el *sharenting* es un fenómeno social que incide directamente en dos derechos fundamentales de los menores de edad: el derecho a la propia imagen y el derecho a la protección de sus datos de carácter personal. Por lo tanto, acuden a la legislación civil especial reguladora de los mismos con el fin de determinar la legitimidad de la conducta de los progenitores en el caso de separación o divorcio”<sup>16</sup>. Como ejemplo de ello está la Sentencia No. 57/2017 de la Audiencia Provincial de Lugo, la que se pronunció en los siguientes términos: (...) no debemos olvidar la nueva redacción de la norma contenida en el artículo 2 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en la que se establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (...) En primer lugar, respecto del consentimiento de los progenitores para publicar fotografías de los menores en redes sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil y en la Ley de Protección de Datos, con carácter general correspondería conjuntamente a ambos progenitores, el padre y la madre de cada uno de los menores, otorgarlo. Pero en el supuesto enjuiciado, resulta especialmente relevante que la abuela ostente la guarda de hecho sobre ambos niños por decisión judicial, sin que podamos olvidar que la institución de la guarda de hecho, según la doctrina jurisprudencial, se concibe como un mecanismo de protección de los menores, por lo que el consentimiento de ambos padres, el de Urbano y el de Delia, junto con el de la abuela se estiman suficientes

---

<sup>15</sup> Artículo 163 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>16</sup> CABEDO SERNA, Llanos, “El *sharenting* y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 13, agosto de 2020, p. 999.

para permitir el acceso de las imágenes al perfil de la demandada con la finalidad de que los padres puedan acceder a las fotografías de sus hijos. Es por ello que no se estima que la conducta de la demandada haya infringido los derechos invocados de los menores por falta de consentimiento de la madre. Sin embargo, estimamos que los comentarios realizados por la demandada en su cuenta de Facebook son potencialmente susceptibles de vulnerar la intimidad de los menores si la publicidad se dirigiese a un grupo indiscriminado de personas, que no guardasen relación con los niños, por lo que procede realizar la valoración probatoria de conformidad con los usos sociales (...) Y en el presente caso, pese a las dudas jurídicas que la cuestión litigiosa conlleva por su novedad, la falta de regulación de las redes sociales y la concurrencia del interés superior de los menores en preservar sus derechos fundamentales, consideramos que la falta de prueba de que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados. Sin embargo, la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario, sin que la prueba practicada en autos haya acreditado tal extremo, como ya hemos dicho”<sup>17</sup>.

También es preciso mencionar la Sentencia 116/2020 de la Audiencia Provincial de Navarra: “(...) consideramos acreditada la publicación de fotos del menor por parte del Sr. Federico en su muro de Facebook que le permiten compartirlo con familiares y amigos expresamente aceptados y que la señora Justa, las añade al suyo cuando es etiquetada por su pareja. También ha quedado acreditada la total oposición de la actora madre del menor a la publicación de dichas fotografías. Es cierto que tal y como se recoge en la resolución dictada dichas fotografías en sí mismas consideradas no reviste ningún perjuicio para el menor tratándose únicamente de momentos familiares cotidianos y que pueden considerarse como

---

<sup>17</sup> Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1, Sentencia nº 57 de 15 de febrero de 2017.

normales en la relación cotidiana de los miembros de una familia. Conforme a ello a la hora de resolver el recurso interpuesto teniendo en cuenta las dudas jurídicas que puedan plantearse derivado del carácter novedoso de la cuestión planteada, por falta de una regulación detallada y sobre todo ante la necesidad de proteger el interés superior del menor frente es necesario tener presente en todo momento la negativa contundente y reiterada de la madre a la publicación de dichas fotografías. Estando ante un supuesto de patria potestad compartida conforme al contenido de los artículos 154 y 156 CC, entendemos que aun cuando el hecho de que se trate de fotografías que en sí mismas no reviste ningún perjuicio para el menor, la objeción de la madre es motivo suficiente para que tanto el padre como su pareja se abstengan de llevar a cabo dichas publicaciones a través de las redes sociales o por cualquier otro medio de comunicación”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3, Sentencia nº 116 de 26 de febrero de 2020. En similares términos se expresa la Audiencia Provincial de Pontevedra: “La publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales. En el presente caso, dicha representación es de ambos padres y no solo del progenitor no custodio que no cuenta con el consentimiento de la madre para publicar imágenes del menor en las redes sociales como el Facebook. Lo que supone que este tipo de decisión deba ser consensuada, pues ambos progenitores son titulares de la patria potestad (...) La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 CC). Señalando el art. 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad, y, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aun encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrian la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización. Del modo que dispone el art. 156 CC. Teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales". En consecuencia, en la cuestión que nos ocupa procede acoger el recurso de apelación, en el sentido de que en el caso de que don Adrian pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización”. Véase Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1, Sentencia nº 208 de 4 de junio de 2015. De igual manera lo hace la Audiencia Provincial de Santander: “(...) En consecuencia, en el futuro ambos padres titulares de la patria potestad deberán consentir la utilización de la imagen de la menor, y si no fuera posible obtenerla por existir controversia, el progenitor interesado deberá acudir al juez para, en su caso, obtener la debida autorización”. Véase Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, Sentencia nº 24 de 13 de enero de 2020.

Del otro lado del océano Atlántico, en Cuba, algunos años atrás se hizo viral un reto en redes sociales que bajo el nombre “la fábrica y el producto”, incitaba a los internautas a publicar fotografías de madres (fábrica) e hijos (producto). Este suceso fue interpretado por un sector de la sociedad como expresión del patriarcado y una exposición innecesaria de menores de edad en la web. Hoy, la respuesta legal a este fenómeno se ubica en el Código de las familias<sup>19</sup>. De acuerdo a esta norma jurídica los titulares de la responsabilidad parental deben velar por que la presencia de la hija o el hijo menor de edad en entornos digitales sea apropiada a su capacidad y autonomía progresiva, con el fin de protegerlos de los riesgos que puedan derivarse. Compete a ellos procurar que el menor haga un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales para garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y derechos. También pueden promover las medidas razonables y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de su hija o hijo a sus cuentas activas, o incluso su cancelación, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o psíquica, habiéndolos escuchado previamente, para lo que, si resulta necesario, tienen derecho a exigir tutela judicial. Referido al *sharenting*, el Código explicita el deber de los padres de evitar exponer en los medios digitales información concerniente a la intimidad y a la identidad de las niñas, los niños y adolescentes sin tener el consentimiento de estos de acuerdo con su capacidad y autonomía progresiva, cuidando que la integridad de sus datos personales y su derecho a la imagen sean garantizados. También, Cuba posee la Ley de protección de datos personales que regula la prevalencia del interés superior de los menores de edad en el tratamiento de datos personales, de conformidad con las disposiciones normativas aplicables y los tratados internacionales en vigor de los que el país es parte. La Ley establece que el consentimiento para la obtención, almacenamiento y tratamiento de los datos personales de los menores de edad se otorga por ellos de acuerdo con su autonomía progresiva, o por sus padres, madres o representantes legales. En caso de intereses contrapuestos entre el titular del derecho y sus representantes legales, se precisa la intervención del fiscal<sup>20</sup>. Dada

---

<sup>19</sup> Artículos 147 y 148 de la Ley 156/2022 “Código de las Familias”. Gaceta Oficial No. 99 Ordinaria de 27 de septiembre de 2022.

<sup>20</sup> Artículos 9 y 13 de la Ley 149/2022 “De Protección de Datos Personales”. Gaceta Oficial No. 90 Ordinaria de 25 de agosto de 2022.

la novedad del Código y la Ley en comento, aún no se tiene constancia de procesos judiciales amparados en ellos y que estén vinculados al fenómeno del *sharenting*. En ese sentido, la experiencia en España pudiera ser un punto positivo de referencia.

Los niños más pequeños, por lo general, no están en las redes sociales y no tienen una opinión sobre la socialización de imágenes por sus padres, de ahí que es más fácil ignorar sus opiniones. Por el contrario, para los padres de adolescentes, la dificultad radicaría en pretender el control del comportamiento en línea e iniciar discusiones y peleas al respecto con regularidad. Si bien los familiares tienen preocupaciones sobre la privacidad de las niñas, niños y adolescentes de casa, aún ven beneficios al compartir información sobre ellos. Internet les permite compartir sus propias experiencias con la crianza, pero, por otro lado, sus hijos crecen con la percepción de compartir datos personales como una práctica natural. Sin embargo, aún no se han investigado y difundido suficiente las estrategias familiares para disminuir los riesgos de la práctica del *sharenting*.

“No se trata de prohibir en cualquier circunstancia compartir imágenes de los menores de edad. Siempre ha sido normal, y es legítimo, por ejemplo, dar una copia de una fotografía de un hijo a familiares y amigos. Mientras que el acto de compartir sea limitado, razonable y entre dentro de lo habitual puede considerarse legítimo. El problema radica en que el fenómeno del *sharenting*, que puede reflejarse en estos actos, razonables y legítimos, han adquirido una dimensión enorme, dejando de tener control sobre las imágenes que se cuelgan cuando se comparten en Internet. Del mismo modo, se puede seguir considerando razonable y legítimo que se comparta una imagen del menor, nunca en una situación que pueda comprometer su honor, su fama o su dignidad, y siempre de una manera limitada, a un grupo cerrado de confianza”<sup>21</sup>. Los padres y familiares deben ser más conscientes de la importancia de la privacidad. Por lo tanto, se recomendaría realizar acciones preventivas como pedir el consentimiento de la niña, niño o adolescente. Para los padres, la prevención debe tomar la forma de reflexión sobre lo apropiado o no de compartir

---

<sup>21</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, *Los menores e internet: riesgos y derechos: especial consideración de la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral de la infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*, Bosch Editor, Barcelona, 2022, pp. 83-84.

determinada información y cómo se sentirían si se publicitaran esas imágenes sobre ellos mismos. Los padres deberían participar en conversaciones para contrastar qué información es aceptable para que su hijo adolescente la comparta en línea. En ese sentido pueden utilizar las funcionalidades de las redes sociales para compartir información fragmentada sobre su hijo con un número limitado de contactos. Las cuentas públicas tienen un acceso libre a la información. En contraste las cuentas privadas, restringen la visibilidad de los contenidos, sin embargo, esto no es suficiente, dada la imposibilidad de controlar lo que haga alguno de los contactos con lo divulgado. Al respecto las instituciones educativas tienen un rol importante. La alfabetización digital de niñas, niños y adolescentes debe centrarse en las posibles consecuencias de compartir de información personal en la web y estimularlos a confiar y conversar con sus padres.

#### **IV. A MODO DE CONCLUSIONES**

La información compartida en Internet tiene el potencial de permanecer mucho tiempo después de su publicación sin el control de los remitentes. Por lo tanto, las publicaciones hechas por los padres durante la infancia de sus hijos pueden tener una influencia potencialmente negativa en la vida de los niños. Los padres, en tanto poseen la patria potestad, tienen la responsabilidad de proteger la privacidad en línea de sus hijos. Sin embargo, con frecuencia esa actividad puede tener el efecto contrario. Los padres y familiares aún parecen no ser conscientes de las consecuencias de compartir imágenes de los menores de edad en Internet, en particular de la vulneración de derechos de los infantes. De ahí que sea necesario favorecer la educación de todos los implicados y consensuar reglas o límites del intercambio de información o datos de las niñas, niños y adolescentes. La literatura científica sobre este tema resulta insuficiente y mientras tanto el fenómeno del *sharenting* sigue naturalizado. En cambio, se aprecia un interés en el Derecho de tutelar jurídicamente las intromisiones ilegítimas de esta conducta. Los ordenamientos legales de España y Cuba, salvando las diferencias, regulan los presupuestos de iure de la responsabilidad de padres y familiares en cuanto al entorno y derechos digitales de los menores. En el caso específico de España, ya

se han presentado procesos judiciales en los que el *sharenting* es objeto de pronunciamiento por los jueces.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO SALGADO, Cristina; SÁNCHEZ RUBIO, Ana y RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo (directores); OTERO CRESPO, Marta; VALIÑO CES, Almudena y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana (coordinadores): *Retos jurídicos de actualidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2021.

Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1, Sentencia nº 57 de 15 de febrero de 2017.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3, Sentencia nº 116 de 26 de febrero de 2020.

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1, Sentencia nº 208 de 4 de junio de 2015.

Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, Sentencia nº 24 de 13 de enero de 2020.

CABEDO SERNA, Llanos, “El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 13, agosto de 2020, pp. 976-1013.

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Convención de Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

BLUM-ROSS, Alicia y LIVINGSTONE, Sonia, “Sharenting,” parent blogging, and the boundaries of the digital self”, *Popular communication*, vol. 15, nº 2, 2017, pp. 110-125.

FERNÁNDEZ TORTOLERO, Carlina Rosalí y MENDOZA VÁZQUEZ, José Luis, “El sharenting y sus implicaciones en la identidad digital”, *Revista Arjé*, vol. 12, n° 23, Edición Especial, julio – diciembre de 2018, pp. 346-355.

FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, *Los menores e internet: riesgos y derechos: especial consideración de la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral de la infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*, Bosch Editor, Barcelona, 2022.

GARCÍA GARCÍA, Ainoa, *La protección del menor en el derecho europeo y español. El sharenting y su problemática*, editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2021.

GARCÍA GARCÍA, Ainoa, “La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen”, *Revista de Derecho de la UNED*, n° 27, 2021, pp. 455-492.

Ley 156/2022 “Código de las Familias”. Gaceta Oficial No. 99 Ordinaria de 27 de septiembre de 2022.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

MORDUCHOWICZ, Roxana, *Los adolescentes y las redes sociales: la construcción de la identidad juvenil en internet*, Fondo de Cultura Económica Argentina, Buenos Aires, 2021.

Observación general n° 25 de 2 de marzo de 2021 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

ORDÓÑEZ PINEDA, Luis y CALVA JIMÉNEZ, Stefany, “Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del Sharenting”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 9, n° 2, 2020, pp. 105-130.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889. Última modificación: 6 de septiembre de 2022.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Resolución A3-0172/92 del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992.

SMAHEL, David, et al., *EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries*, EU Kids Online, Londres, 2020.

Tribunale di Roma, Prima Sezione Civile, ordinanza del 23 de diciembre de 2017, procedimiento 39913/2015, <https://www.privacyitalia.eu/wp-content/uploads/2018/01/tribunaleromaordinanza23dicembre2017.pdf>



## CAPÍTULO XXII

# La protección de los menores ante la ciberviolencia en parejas adolescentes

*Alejandro Manzorro Reyes*

*Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza, Universidad de Sevilla y  
Universidad de las Islas Baleares (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. IMPACTO DE LAS REDES SOCIALES EN LAS RELACIONES DE PAREJA. II. JUVENTUD Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ENTORNOS DIGITALES. III. CONSECUENCIAS DEL CIBERACOSO PARA LOS JÓVENES EN EL MUNDO REAL. IV. IMPACTO DEL CIBERACOSO EN LA JUVENTUD. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. IMPACTO DE LAS REDES SOCIALES EN LAS RELACIONES DE PAREJA

El panorama con el que nos encontramos en numerosas ocasiones es que la realidad y el Derecho se mueven por senderos divergentes, y ello ocurre respecto a las redes sociales y la impartición de la Justicia. Es frecuente que la juventud, ya *nativa digital*, presente una percepción muy baja de los efectos perniciosos del ciberacoso.

Esta característica de las redes sociales puede tener diferentes implicaciones negativas en una relación<sup>1</sup>. En primer lugar, la posibilidad de que cualquier usuario pueda ejercer un control sobre las actividades diarias de su pareja. Esto, debido al hecho de que fotos, comentarios y publicaciones se vuelven de dominio público, al alcance de todos y fuera del control de quien no quiere, por cualquier razón, que se publiquen. A raíz de esto, es posible obtener una cantidad relevante de información acerca de las costumbres de

---

<sup>1</sup> Vid. CAMPOS, Francisco, “Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales” en *Revista Latina de Comunicación Social*, nº 63, 2008, pp. 1-8.

cualquier usuario. Incluso se puede llegar a monitorear sus acciones y actividades en base a las publicaciones de sus contactos.

Precisamente ante este panorama, arrojar algo de luz respecto a este complejo tema es el objetivo principal del presente capítulo. La juventud<sup>2</sup> ha encontrado una nueva forma de comunicarse a través de las redes sociales, lo que ayuda a decir cosas que, a lo mejor, de forma presencial no se expresarían. Esto se debe a que, en la comunicación mediada por Internet no existe contacto visual. Esta propiedad de la comunicación *cara a cara* puede generar cierto retraimiento, sobre todo en personas particularmente tímidas. A su vez, no compartiendo los interlocutores el mismo espacio físico, la reacción a cualquier tipo de mensaje no es directa, sino mediada por una pantalla. Lo cual la hace más llevadera. Además, hay más tiempo para poder pensar lo que se quiere decir y poderlo exponer de forma apropiada y eficaz, lo que facilita el poder llevar a cabo ciertos comportamientos manipuladores. También, a pesar de propiciar y facilitar contacto y poder hablar con más libertad acerca de muchos temas, internet también favorece algunos *malentendidos*. Sobre todo, la aplicación conocida como WhatsApp. Eso se debe precisamente a la peculiar forma de comunicación que caracteriza esta herramienta. Más en concreto, la falta de los aspectos no verbales en la comunicación impediría la correcta ubicación de los mensajes en el apropiado contexto comunicativo. Muchas veces no es fácil entender si el tono de un mensaje es irónico, en serio o de broma, puesto que un mismo mensaje puede dar lugar a múltiples interpretaciones.

También la brevedad de los mensajes, utilizada para poder comunicar con más velocidad y en tiempo real, impide a veces captar el sentido de los mismos. Además, en repetidas ocasiones la herramienta tiene algunos fallos en el envío de los mensajes, lo cual impide mantener una interacción sincrónica. Puesto que es muy fácil extraviar el significado contextual de los mensajes recibidos, también es fácil que estas conversaciones degeneren en discusiones. Sin embargo, en estos casos, la resolución de los conflictos pasa por la recuperación del significado original de los mensajes, su contextualización y la resolución de los equívocos. De esta manera, y con el fin de evitar discusiones, la generalidad de las personas manifiesta su preferencia hacia el uso de los canales *clásicos* de comunicación, como el teléfono o las conversaciones cara a cara, que permite escuchar el tono de voz, e incluso la imagen corporal. Esto sobre todo en el caso de que se quiera

---

<sup>2</sup> Vid. PÉREZ MARTINEZ, Ana. y ORTIGOSA BLANCH, Reyes, “Una aproximación al Cyberbullying”, en *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidación, la integridad y la libertad sexual de Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-28.

abarcar un tema importante, puesto que entonces se prefiere reducir el riesgo de que se produzcan malinterpretaciones.

## II. JUVENTUD Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ENTORNOS DIGITALES

Cuando el ordenamiento jurídico no otorga una regulación satisfactoria al conflicto que le demanda y se manifiesta incapaz de resolverlo, no sorprende en absoluto encontrar en los Jueces tal disparidad de criterios, todo ello en el marco de una polémica existente en cuanto a la violencia de género ejercida en entornos digitales<sup>3</sup>. El estudio completo y multidisciplinar de esta lacra, que es la violencia sobre la mujer, a pesar de los numerosos estudios que existen, actualmente, el debate interseccional entre la violencia de género y las nuevas tecnologías, no ha hecho más que empezar. El amplio abanico de tutelas a dispensarla (orgánica, procesales, judiciales, sociales, etc) es un camino largo y cuyo recorrido precisa, de un gran rigor científico y de un gran interés no exento de paciencia, aprehensión, empatía y amabilidad.

Tras la modificación del artículo 183 del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>4</sup>, se considera que comete un delito de abuso de sexual quién realice actos de carácter sexual con un menor de 16 años, aunque éste hubiese prestado su consentimiento. En ocasiones tenemos supuestos en que entre el autor de estos hechos y la víctima media una relación de afectividad, lo cual no exime de la comisión de este delito, salvo en el caso del artículo 183 *quater*. Se ha venido entendiendo que, en estos supuestos, como no es válido el consentimiento del menor para mantener relaciones sexuales, tampoco lo es para tener una relación de afectividad.

Es importante diferenciar que una cosa es que el consentimiento de los menores de 16 años carezca de virtualidad para impedir la aplicación del tipo del artículo 183.1 CP y otra muy distinta que los menores de esta edad no puedan tener una relación de afectividad, que deberá entenderse que es análoga a la matrimonial si concurren los requisitos anteriormente señalados, y ello con independencia de que uno de sus integrantes tenga menos de 16 años.

---

<sup>3</sup> Vid. MANZORRO REYES, Alejandro., *La prohibición de comunicación con la víctima de violencia de género: Quebrantamientos del S.XXI*, Editorial Aranzadi, 2023.

<sup>4</sup> ESPAÑA. LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015, en vigor el 1 de julio de 2015.

En este sentido establece **la Circular 6/2011<sup>5</sup>, sobre Criterios para la Unidad de Actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la Violencia sobre la mujer que no parecen criterios asumibles aquellos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja; o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o verbal o diversas formas de humillación que encajan en los tipos penales contenidos en los arts. 153 (delito de maltrato ocasional), 171-4 (delito de amenazas) 172-2 (delito de coacciones) 148-4 (delito de lesiones) y 173-2 del C.P. (delito de violencia habitual).**

Es decir, en estos supuestos además de aplicarse el tipo del 183.1 del Código Penal, si entre autor o víctima media o ha mediado una relación una relación de afectividad análoga a la matrimonial procedería la aplicación de la agravante de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal, siempre que concurren los requisitos para ello.

No es raro encontrar situaciones donde los menores justifican los celos como amor, donde como prueba de dicho amor, se piden las contraseñas del móvil o de redes, o se insiste en borrar una foto porque no le gusta cómo viste su pareja... son algunos de los comportamientos normalizados por los adolescentes. El término ciberviolencia no es nuevo, pero no se hace suficiente foco en este tipo de agresiones, acoso... que cada vez es mayor. Noticias como la difusión masiva de vídeos privados como el de Santi Millán, o la trama de la serie *Intimidación* es fiel reflejo de la fina línea que separa la privacidad tras la pantalla.

El primer problema al que nos enfrentamos a la hora de analizar la incidencia de la violencia de género digital en nuestro país es la escasez de estadísticas. Como señala el Instituto Europeo de Igualdad de Género: *Los datos sobre ciberviolencia contra las mujeres y niñas en la UE son escasos y, en consecuencia, se sabe muy poco sobre el porcentaje real de víctimas y de la prevalencia de los daños causados* <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> CIRCULAR 6/2011 de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer de la Fiscalía General del Estado. FISC-C-2011-00006.

<sup>6</sup> Instituto Europeo de la Igualdad de Género, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, 2017.

La escasez de estadísticas deriva de la dificultad de medir y cuantificar un fenómeno tan complejo, principalmente porque en la mayoría de los países no están tipificados como delito todas las formas de ejercer violencia digital contra las mujeres, de ahí que los datos policiales o de los organismos judiciales sean muy limitados. Así, existen dos métodos principales para medir este fenómeno:

- Preguntar directamente a las destinatarias de la violencia digital, a las mujeres.
- Cuantificar los hechos denunciados ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado vinculados a la violencia digital contra las mujeres.

La edad es un factor determinante que incrementa las posibilidades de experimentar acoso en Internet: las más jóvenes, que también son las que más utilizan los servicios digitales, sufren en mayor medida el acoso digital. Más de un 25% de las mujeres entre 16 y 25 años ha recibido insinuaciones inapropiadas a través de redes sociales. Más del 20% de las jóvenes entre 16 y 20 años ha recibido correos electrónicos, mensajes de texto o fotografías sexualmente explícitas que les hicieron sentirse ofendidas, humilladas o intimidadas.

La información obtenida por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género<sup>7</sup> sobre el fenómeno de la violencia digital contra las mujeres permite obtener una idea aproximada de la incidencia del problema. Sin embargo, aspectos relevantes como la difusión no consentida de imágenes explícitas (también conocida como *pornografía de venganza*) no están considerados en la encuesta. Destacar que por tipos penales concretos se ha producido un incremento muy pronunciado de las victimizaciones por *grooming*<sup>8</sup> hacia mujeres (delito de contacto mediante tecnología con menor de 16 años con fines sexuales), que ha pasado de cero a 328 casos entre 2011 y 2020.

Precisamente el negacionismo de la violencia de género entre los jóvenes ha aumentado desde el año 2019, de acuerdo al barómetro sobre Juventud y Género del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud de la FAD si lo

---

<sup>7</sup> Vid. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO para la Violencia de Género, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, publicado en servicio de publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>8</sup> Esta categoría engloba los siguientes tipos penales: abuso sexual, acoso sexual, corrupción de menores/personas con discapacidad/ personas con diversidad funcional, grooming (delito de contacto mediante tecnología con menor de 16 años con fines sexuales), exhibicionismo, pornografía de menores y provocación sexual.

comparamos con el último, de 2021<sup>9</sup>. Una amplia mayoría de jóvenes (3 de cada 4 chicas y la mitad de los chicos) considera que la violencia de género es un problema social muy grave. Aun así, la percepción de este problema es mayor entre las mujeres que entre los hombres. Entre ellos, 1 de cada 4 señala que está mal, pero que siempre ha existido, y 1 de cada 5 opina que no existe, que es un invento ideológico. También es preocupante que el 14% de chicos esté de acuerdo con que la violencia de género es habitual en el seno de la pareja, y un 15,4% opina que, si es de poca intensidad, no es un problema para la relación. Otras diferencias significativas son que existe un importante sesgo ideológico en la percepción de la violencia de género. Un 35,3% de los y las jóvenes de derechas consideran que la violencia de género no existe, y sólo un 55,5% consideran que sea un problema social grave, frente a más del 77,9% de la juventud de izquierdas. Además, sólo un 47,3% de quienes tienen estudios secundarios obligatorios o inferiores consideran que sea un problema grave, frente al 72,3% de quienes tienen estudios superiores.

Tanto Heinrich como el psicólogo Juan Ignacio Paz defienden la importancia de crear servicios específicos para los jóvenes en los que se puedan detectar los indicios de violencia cuanto antes y poder intervenir en ellos de forma que se pueda realizar un trabajo educativo preventivo<sup>10</sup>. *“Cuanto antes se identifique una conducta y se trabaje para desaprenderla, más fácil será de modificar. Las personas adultas que tienen pautas de comportamiento establecidas son mucho más difíciles de corregir. En adolescentes, la experiencia pasada pesa menos, son más plásticos y, por tanto, los comportamientos son más moldeables”*, explica Victoria Ferrer, catedrática de Psicología Social en la Universidad de las Islas Baleares<sup>11</sup>.

Es sobradamente conocido que uno de los momentos críticos en cuanto a riesgo de ser víctima de violencia de género es cuando se produce la ruptura del vínculo que unía al agresor con la víctima, y máxime, cuando es ésta quién toma la iniciativa en ello. La doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo que, en las relaciones en las que ha

---

<sup>9</sup> Vid. INFORME barómetro sobre Juventud y Género del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud de la FAD de 2021.

<sup>10</sup> Cfr. PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio. “La prueba pericial”, en III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

<sup>11</sup> FERRER, Victoria, Las claves del aumento de violencia de la violencia de género en menores de 18 años, publicado en Maldita Hemeroteca, el 26 de mayo de 2022 <https://maldita.es/malditateexplica/20220526/claves-aumento-violencia-genero-menores/>

existido violencia de género, en general, aunque la relación ya no exista el sujeto activo se sigue guiando en su conducta por la dominación sobre quien fue su pareja sentimental.

Si acudimos a la RAE<sup>12</sup>, la definición de *novio o novia* que aparece es *la persona que mantiene relaciones amorosas con otra con fines matrimoniales*, en un primer momento parece demasiado anticuada esta definición, pero a continuación, admite otra acepción refiriéndose a *novio o novia*, como *aquél o aquélla que sólo desea mantener una relación amorosa con otra y sin esa finalidad matrimonial*, ésta ya se adecua a la realidad social de hoy en día. Es cierto que hay que tener en cuenta que tales relaciones trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero, y con cierta vocación de futuro, y también trascienden de aquellas relaciones ocasionales esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación en pareja<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta esto, es decir, la consideración de una *relación de noviazgo*, hay que ver qué consideración puede darse respecto de aquellas relaciones con menores de edad, ¿la víctima en tales relaciones, puede ser protegida por la LIVG? Si acudimos al art. 17 de la LIVG<sup>14</sup>, éste dice: *Todas las mujeres víctimas de violencia de género tienen garantizados los derechos reconocidos en esta ley, sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos*. Por lo tanto, deduciríamos que sí. Es necesario, además, hacer referencia a que, aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no han alcanzado la misma, gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental.

Los criterios defendidos por la jurisprudencia más restrictiva, no deberían ser criterios asumibles ya que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja, o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes, como dije al principio de este apartado, se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia,

---

<sup>12</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23<sup>a</sup> ed.

<sup>13</sup> CIRCULAR 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de 2 de noviembre de 2011, p. 12.

<sup>14</sup> ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado núm 313 de 29 de diciembre de 2004. En vigor el 28 de enero de 2005.

agresividad física o diversas formas de humillación que encajan con los tipos penales relativos a la violencia de género.

Por lo tanto, los delitos cometidos contra las mujeres menores de edad deben encajarse dentro del ámbito de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando se de una relación que pueda ser considerada a efectos de la jurisprudencia más actual como una relación de análoga afectividad, pese a que no exista un proyecto de vida en común o pese a la minoría de edad de la víctima que puede hacer dudar respecto a la relación que, desde su perspectiva y madurez, le une con el varón acusado en el proceso penal correspondiente, el cual, en todo caso, ha de ser mayor de edad, de lo contrario, la competencia sería a favor del Juzgado de Menores.

Cuando se innova legislativamente, para este tipo de delitos, se habría de contar no sólo con profesionales del mundo del Derecho sino también con profesionales de las nuevas tecnologías, dado que ésta y el Derecho, normalmente tienden a ir por senderos divergentes como ya adelantábamos al comienzo del presente capítulo, siendo que la realidad social imperante les obliga a llegar al entendimiento, a que haya un replanteamiento en determinadas materias que dado su contenido, como si de una relación de íntima conexión de tratase, han de ir de la mano, sobre todo en temas como ciberdelincuencia, violencia de género en entornos digitales, etc. Es por tanto que esta nueva clase de relación de pareja, la ciber-relación, se nos plantea un reto que habrá de ser analizado en profundidad.

### **III. CONSECUENCIAS DEL CIBERACOSO PARA LOS JÓVENES EN EL MUNDO REAL**

Más en concreto, destaca un aspecto importante de las nuevas tecnologías a la hora de propiciar este tipo de acciones: el hecho de poder alcanzar con mucha facilidad a la víctima adolescente. A través de Internet es relativamente sencillo encontrar los contactos electrónicos de un adolescente, como por ejemplo la dirección de correo electrónico, su cuenta de Facebook o Instagram. Conociendo estos datos el acosador puede ponerse en contacto con la víctima siempre que quiera. En muchos casos, además, no es posible poner filtros para que estos contactos no tengan lugar.

Frente a este tipo de situaciones, las víctimas adolescentes no saben si contestar o no a los correos y a los mensajes digitales. Precisamente porque esta forma de contacto llega directamente a la intimidad y privacidad de las víctimas, termina simulando un contacto comunicativo presencial. Incluso las normas que rigen este tipo de interacción llegan a ser reproducidas. En este caso, se trataría de la norma de contestar a quien pone en acto un intento comunicativo. Es por ello que se llega a percibir la necesidad de contestar. A través de Internet, el acosador puede encontrar mucha información personal sobre su víctima adolescente. Consecuentemente, se percibe una sensación de miedo y de violación de su intimidad derivada a la posibilidad de que sus acosadores puedan encontrarlas con relativa facilidad.

Frente a la percepción de esta violación de la intimidad, las personas acosadas manifiestan diferentes reacciones emotivas. Pero todas ellas están relacionadas con el agobio y el miedo que se originan a raíz de la percepción de estar expuestos a control y al alcance de las personas que implementan el acoso.

El ciberacoso se caracteriza por la falta de contacto directo<sup>15</sup>. Como consecuencia, la violencia ejercida no es de tipo físico, sino de índole simbólica y psicológica. Las dinámicas que caracterizan este fenómeno se desarrollan a partir del vínculo comunicativo previo que existía entre el acosador y la víctima, y que ha sido cortado por decisión de la esta última. A partir de ahí, el acosador utiliza las propiedades de Internet para tratar de volver a contactar con su expareja. Asignándole la culpabilidad de la situación en que se encuentra a la víctima, el acosador intenta forzarle a que dé un paso adelante para restablecer la situación previa. Todo ello con el fin de reducir o eliminar la distancia física que les separa. Y en esta misma línea, también el patrón de ciberacoso como violencia de género vinculado a los ataques a la imagen social de la víctima frente a sus contactos y amigos, supone desarrollar una violencia de tipo psicológico.

Todo lo cual implica un conjunto de consecuencias que afectan al plano de la emotividad individual de la víctima, puesto que las sensaciones de culpabilidad y vergüenza rompen los equilibrios emocionales y las relaciones sociales de las víctimas, haciendo resaltar su fragilidad:

Mediante el uso de Internet, los acosadores recurrían a recordar la intimidad de la relación mantenida con la víctima para influir en las emociones de la misma y, con ello, tratar de convencerla para que reconsiderara su decisión de poner fin a la relación de

---

<sup>15</sup> Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual de Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 2010.

pareja que previamente habían mantenido. De esta manera, la estrategia comunicativa utilizada, y en la que se fundamenta el chantaje, estaba dirigida a generar un cambio de perspectiva en el que el acosador se transformaba en víctima. En concreto, el acosador ponía de manifiesto cómo la decisión tomada por la chica acerca de romper la relación de pareja había tenido efectos muy negativos en la vida del acosador. Y, de esta manera, intentaba hacer que la víctima se sintiera culpable de la situación y decidiera reconsiderar su decisión respecto del fin de la relación sentimental:

Pero además de los chantajes emocionales, también se utilizan los insultos y las amenazas. Cabe destacar como todas estas amenazas están conectadas con la posibilidad de que el acosador pueda aparecer en los lugares frecuentados por la víctima. Esto es debido a la previa relación de pareja que permite al acosador conocer todos, o casi todos, los sitios frecuentados por la víctima. Adicionalmente, no solo conoce los lugares físicos sino también ha trabado relación con sus amigos, por lo que recurre a ponerse en contacto con ellos como forma alternativa de acercarse o entrar en contacto con la víctima.

En definitiva, los ciberacosadores utilizan Internet para llegar a la víctima y llevar a cabo una estrategia fundamentada en el chantaje emocional. La finalidad de esta estrategia es hacer reconsiderar las decisiones de su expareja y, de esta manera, conseguir volver a mantener una relación directa con la víctima. Así pues es posible destacar que el ciberacoso se fundamenta, más que en la violencia física, en una forma de violencia de índole simbólica y psicológica, facilitada por la confianza adquirida entre las dos personas durante su relación.

Por otro lado, las víctimas perciben que hay una potencialidad de ejercicio de la violencia basada en la fuerza física en el momento en que se plantea la posibilidad de que el acosador pueda tener contacto físico con la acosada. Algo que, por otro lado, va muy unido a la facilidad de alcanzar a la víctima a través de Internet. El ciberacoso, así como todos aquellos riesgos asociados al desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el contexto de la sociedad de la información y el conocimiento, es un fenómeno que genera gran alarma social y que ha atraído la atención de expertos y representantes públicos. Sin embargo, no se cuenta en la actualidad con un estudio que permita cuantificar en qué medida y hasta qué punto afecta el ciberacoso a la ciudadanía de jóvenes españoles y, mucho menos, en qué medida se está ante un fenómeno digital que amplía o magnifica las formas de ejercer la violencia de género.

Se entiende que el ciberacoso es una forma de invasión en el mundo de la vida de la víctima de forma repetida, disruptiva y sin consentimiento utilizando las posibilidades que ofrece Internet. Estas actividades tienen lugar entre personas que tienen o han tenido un vínculo relacional previo y se produce por motivos directamente vinculados a la esfera afectiva y las relaciones de pareja.

La importancia del elemento afectivo en la definición del ciberacoso permite establecer un vínculo entre la violencia de género y este tipo de prácticas que, por otra parte, suponen el intento de dominación y sumisión de una persona por parte del acosador. Así, mediante el ciberacoso se ejerce la violencia de género en el mundo digital de Internet y las redes sociales en tanto que el acosador (hombre) y la acosada (mujer) mantienen o han mantenido una relación de pareja. Así, el estudio parte de considerar las características del ciberacoso referidas a su dimensión, naturaleza y efectos digitales, asumiendo que se trata de un fenómeno general que se da en Internet y las redes sociales, y en el que se integra como hecho específico la forma del ciberacoso como violencia de género.

El punto de partida radica en definir Internet como un bien público en la medida en que se transforma en una herramienta para el acceso a la información y el conocimiento. Algo que afecta fundamentalmente a los jóvenes a los que cabe considerar plenamente, y frente al resto de cohortes demográficas de más edad, como nativos digitales. Sin embargo, Internet no es sólo un bien público para los jóvenes, sino también es un bien social en la medida en que se transforma en uno de los principales ámbitos a través de los cuales los jóvenes se presentan ante los demás y en el que establecen gran parte de sus relaciones personales, profesionales y académicas.

La importancia de internet para los jóvenes es algo conocido y aceptado. La representación social que los jóvenes tienen sobre Internet está estrechamente vinculada a su autonomía y, por ende, a la libertad. Se trata de un ámbito en el que se encuentran cómodos y en el que desarrollan sus capacidades sin las limitaciones impuestas, desde su punto de vista, en otros ámbitos.

Esta autonomía es percibida de forma positiva cuando se refieren a autoformación o abrirse al mundo. Y lo es, muy especialmente, cuando los jóvenes se refieren a *conexión permanente*. Es decir, la seductora idea de estar inmediatamente conectado al mundo de sus intereses y relaciones. En este contexto, las redes sociales y las herramientas de comunicación instantánea como Facebook, Twitter, Tuenti o WhatsApp adquieren un

sentido fundamental. Son, dicho de forma más clara, los espacios que resumen la forma de entender Internet entre los jóvenes.

Pero esta autonomía digital también presenta un *lado oscuro* para los jóvenes. Así refieren efectos negativos de Internet y las redes sociales como el efecto deshumanizador de las tecnologías o los *zombis tecnológicos*, la pérdida de las relaciones fuertes como consecuencia de la variabilidad y fugacidad de las relaciones sociales digitales o la inconmensurabilidad de la información disponible en Internet y la dificultad para distinguir las fuentes fiables de las que no lo son. La naturalidad con la que los jóvenes utilizan Internet les hace percibir este medio como un ámbito social más<sup>16</sup>. Inclusive cuando son plenamente conscientes, no dan importancia a las implicaciones de prácticas como intercambiar información o imágenes privadas. Se produce así una contradicción clara: ser conscientes de los peligros de intercambiar determinados contenidos a través de Internet y el hecho de realizarlos.

A tenor de la evidencia empírica recogida, el acto de intercambiar contenidos personales no es prueba de desconocimiento del medio, sino una prueba de confianza con el amigo o pareja (*una prueba de amor*). Según los discursos recogidos en nuestros grupos de discusión, grabar y compartir videos o fotos privados es realizado como un acto de intimidad que se realiza y comparte con amigos o parejas con las que los jóvenes tienen confianza. Sin embargo, esto es una puerta abierta para que se den algunos de los tipos más comunes de ciberacoso, como el sexting o envío de fotos íntimas (habitualmente de contenido erótico) a una amplia lista de contactos de las redes sociales cuando se rompe la relación de pareja o amistad que proporciona esa confianza e intimidad. De esta manera, puede concluirse que no existe una suficiente reflexión, ni un mínimo de consciencia, acerca de los potenciales peligros que para la intimidad y el derecho a la imagen propia tienen este tipo de hábitos.

En esta línea, hay que tener en cuenta que la nueva realidad social que supone el mundo digital de Internet y las redes sociales implica una inconmensurable capacidad para manipular información (alfanumérica y gráfica), bien en forma de tergiversación, bien como mera invención de falsedades, que afectan a cuestiones tales como la verdadera identidad, la edad e incluso otras variables sociodemográficas como el género, etc. Lo cual supone un extraordinario incremento de las posibilidades para establecer nuevas relaciones personales y mantenerlas simultáneamente (“tontear”), afectando a la

---

<sup>16</sup> Vid. PINO ARTACHO, Julio A. del, DUASO AGUADO, Alejandro, y MARTÍNEZ CASSINELLO, Rafael, “Prácticas de ocio, cambio cultural y nuevas tecnologías en la juventud española de fin de siglo”, en *Colección Opiniones y Actitudes número*, nº 37, Editorial Madrid: CIS., 2001.

naturaleza de la propia relación que, por otro lado, cambia debido a la distancia física que media entre los jóvenes. Esto implica, por ejemplo, la aceptación en las redes sociales de extraños que han podido falsear sus datos e identidad, y que suponen un importante riesgo para una vida confiada y saludable en el medio digital.

Así las cosas, podemos establecer que el ciberacoso es una práctica asentada de manera relevante entre los jóvenes españoles con una relación de pareja, con independencia del género y la existencia de una relación afectiva previa. Este último aspecto del ciberacoso como fenómeno general entre los jóvenes se debe a la conjunción de las singularidades de las variables de la edad y el mundo digital.

En efecto, por un lado, los jóvenes son un segmento social en el que las similitudes respecto de los estilos de vida, las actitudes, la educación, el empleo, etc. son mucho mayores entre géneros que en otros sectores poblacionales de más edad<sup>17</sup>. Por otro lado, Internet y las redes sociales conforman un peculiar mundo online “real” en el que la relación estrictamente física se encuentra más limitada. De esta manera, lo que se pone de manifiesto es la configuración del ciberacoso como un fenómeno heterogéneo que se concreta en una pluralidad de formas de acoso digital entre los jóvenes, entre las que destaca como forma específica el ciberacoso como violencia de género que aquí nos ocupa.

#### **IV. IMPACTO DEL CIBERACOSO EN LA JUVENTUD**

Los hechos identificados de ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género suponen casos de prácticas de robo (o intento) de contraseñas para acceder a información personal, de falsificación de la identidad para actuar desde el anonimato, de presión permanente para actuar conforme a las solicitudes de la pareja, de críticas continuadas y revelación de intimidades de la pareja tras extinguirse la relación, de localización de direcciones para un posterior acoso físico y, muy especialmente, prácticas de sexting, es decir, de envío de fotos íntimas de contenido erótico a, inicialmente, la lista de contactos de los conocidos, a partir de los cuales se distribuye exponencialmente.

Esta última forma de ciberacoso como forma violencia de género es especialmente significativa y dañina puesto que, dada la forma viral de transmisión de la información

---

<sup>17</sup> Vid. FÉLIX MATEO, Vicente, SORIANO FERRER, Manuel, GODOY MESAS, Carmen y SANCHO VICENTE, Sonia, “El Ciberacoso en la enseñanza obligatoria” en *Aula Abierta*, nº 38, 2010, pp. 47-58.

en el mundo digital, en un breve lapso de tiempo se expande vertiginosamente y la audiencia supera el finito ámbito de amigos y conocidos, y alcanza el infinito universo de Internet y las vastas galaxias que conforman las distintas redes sociales.

Del análisis de los distintos discursos que han ido emergiendo según el género, puede establecerse que existe una muy significativa asimetría en las concepciones y representaciones sociales que muestran chicas y chicos sobre el ciberacoso. Mientras que los jóvenes explícitamente asumen y hacen como propias las ventajas de Internet para multiplicar sus posibles relaciones afectivas y sexuales (“tontear”), a la par que denotan el control social y la falta de flexibilidad de sus parejas, evitando con ello cualquier tipo de asunción de responsabilidades o autocrítica, las mujeres jóvenes desarrollan explícitamente una auto culpa moral, así como un explícito reconocimiento de su alícuota de responsabilidad (“cotillear”), ante el conjunto de conflictos generados en las parejas por las nuevas posibilidades que la tecnología que supone Internet y las redes sociales aportan a las relaciones humanas en general y a las de las parejas en particular.

También destacarse la tendencia registrada en la investigación empírica, y que es convergente con lo expuesto, y es que, las mujeres jóvenes son quienes acusan muy especialmente el daño del ciberacoso en la relación de pareja. En buena medida, esta mayor vulnerabilidad femenina se debe al hecho del desigual etiquetaje y valoración social a la que se someten los hábitos y comportamientos de las mujeres en relación a los que llevan a cabo los hombres. Lo que supone una diferente atención y consideración de, por ejemplo, los cuerpos desnudos de uno y otro género, en perjuicio del femenino que es un atractor constante e invariable de la curiosidad y morbosidad masculina en particular, e incluso de la existente en la sociedad en general.

Algunos de los discursos ponen de manifiesto que una parte significativa de los hombres jóvenes todavía mantienen actitudes y conductas sexistas hacia las mujeres (con expresiones del tipo de “putas”, “putillas”, “guarras”, etc.), así como descalificaciones más generales, pero no menos ofensivas para el género femenino, que indican el importante trecho que todavía queda por recorrer para la erradicación de los estereotipos y prácticas del sexismo. Algo que alerta sobre la necesidad de seguir atendiendo y reforzando las políticas públicas que tratan de erradicar este tipo de clichés y hábitos tan devastadores para la igualdad de género.

En definitiva, el ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género implica todo un conjunto de consecuencias que afectan a las víctimas en el plano de su emotividad individual, puesto que las sensaciones de agobio, culpabilidad, vergüenza y miedo

rompen sus equilibrios emocionales, así como en sus relaciones sociales tanto en el mundo offline físico como en el mundo digital u online, haciendo resaltar su mayor fragilidad y vulnerabilidad individual y social. Es momento de dar pasos hacia delante en firme hacia la prevención y sensibilización de las y los jóvenes en esta materia. Aportando una visión clara sobre qué es la ciberviolencia hacia las adolescentes en las redes sociales, los tipos de ciberacoso y cómo reconocer y actuar ante estas situaciones que, en muchas ocasiones, por miedo o vergüenza no se denuncian. Existen herramientas jurídicas en pleno siglo XXI más que suficientes para que se empiece a legislar, trabajar, codificar y penalizar para evitar estos comportamientos cada vez más frecuentes en la que mencionábamos, juventud ya *nativa digital*.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CAMPOS, Francisco, “Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales” en *Revista Latina de Comunicación Social*, nº 63, 2008, pp. 1-8.

CIRCULAR 6/2011 de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer de la Fiscalía General del Estado. FISC-C-2011-00006.

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, publicado en servicio de publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado núm 313 de 29 de diciembre de 2004. En vigor el 28 de enero de 2005.

ESPAÑA. LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015, en vigor el 1 de julio de 2015.

FÉLIX MATEO, Vicente, SORIANO FERRER, Manuel, GODOY MESAS, Carmen y SANCHO VICENTE, Sonia, “El Ciberacoso en la enseñanza obligatoria” en *Aula Abierta número*, nº 38, 2000, pp. 47-58.

FERRER, Victoria, Las claves del aumento de violencia de la violencia de género en menores de 18 años, publicado en Maldita Hemeroteca, el 26 de mayo de 2022. <https://maldita.es/malditateexplica/20220526/claves-aumento-violencia-genero-menores/>

GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual de Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 2010.

INFORME BARÓMETRO sobre Juventud y Género del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud de la FAD de 2021.

INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, 2017.

MANZORRO REYES, Alejandro., *La prohibición de comunicación con la víctima de violencia de género: Quebrantamientos del S.XXI*, Editorial Aranzadi, 2023.

PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio. “La prueba pericial”, en III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

PÉREZ MARTINEZ, Ana y ORTIGOSA BLANCH, Reyes, “Una aproximación al Ciberbullying”, en *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual de Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-28.

PINO ARTACHO, Julio A. del, DUASO AGUADO, Alejandro, y MARTÍNEZ CASSINELLO, Rafael, “Prácticas de ocio, cambio cultural y nuevas tecnologías en la juventud española de fin de siglo”, en *Colección Opiniones y Actitudes*, nº 37, Editorial Madrid: CIS., 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23<sup>a</sup> ed.

## CAPÍTULO XXIII

### **Il grooming come figura che viola i bambini nel XXI secolo e il principio di prevenzione**

*Rolando Castillo Santiago\**

*Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (MÉXICO)*

**SUMARIO: I. INTRODUZIONE. II. PIATTAFORME TECNOLOGICHE E PRINCIPIO DI PREVENZIONE PER IL BENESSERE DEI BAMBINI. III. LE PIATTAFORME DIGITALI, EVOLUZIONE E RESPONSABILITÀ DI CONTROLLO DALLO STATO. IV. FATTI PRINCIPALI CHE PER LORO NATURA IN AMBITO DIGITALE SONO CONSIDERATI REATI PER BAMBINE, BAMBINI E ADOLESCENTI. V. CONCLUSIONE. BIBLIOGRAFIA.**

#### **I. INTRODUZIONE**

Il grooming è una forma di abuso sessuale attraverso piattaforme tecnologiche di rete online in cui un adulto comunica con un bambino o un adolescente con l'obiettivo di ottenere la sua fiducia e quindi abusare sessualmente di lui o di lei. Questa pratica è diventata sempre più comune nel XXI secolo a causa del crescente utilizzo di Internet e dei social network da parte di bambini e adolescenti. A livello globale, oltre che una delle conseguenze della pandemia di COVID-19<sup>1</sup>, il grooming è un crescente problema comportamentale criminale che colpisce bambini e adolescenti di tutte le età, generi e origini culturali.

---

<sup>1</sup>UNICEF México, “Mantener seguros a niñas, niños y adolescentes en internet, durante la pandemia, pasan más tiempo conectados”, UNICEF, se obtuvo en 2022 de la página web: <https://www.unicef.org/mexico/mantener-seguros-ni%C3%B1as-ni%C3%B1os-y-adolescentes-en-internet>

Il grooming può avere gravi impatti sulla vita dei minori<sup>2</sup>, come il disadattamento psicosociale delle vittime minori, ansia, depressione, rivittimizzazione con alta possibilità di suicidio.

Spesso i bambini e gli adolescenti vittime di adescamento non parlano di ciò che è successo loro, il che rende difficile individuarlo, prevenirlo, risolverlo o curarlo.

Il grooming non è un problema esclusivo nei paesi sviluppati<sup>3</sup>, ma anche nei paesi in via di sviluppo, dove la mancanza di istruzione, l'accesso alla tecnologia e la mancanza di regolamentazione possono fornire indicatori che aumentano il grado di vulnerabilità di questi minori. È di vitale importanza sia per lo Stato che per la società in generale creare meccanismi o strategie che riescano a prevenire questa attività illegale che viola i bambini. È importante continuare a ricercare e sviluppare strategie per rilevare il grooming, nonché fornire supporto alle vittime e le vostre famiglie.

Il grooming, noto anche come cyberbullismo sessuale, è un tipo di condotta supportata dalla tecnologia dell'informazione e della comunicazione (TIC <sup>4</sup>) mezzi di abuso sessuale online in cui un adulto comunica con un bambino o un adolescente per ottenere informazioni personali, stabilendo legami di fiducia attraverso una relazione fittizia, inviare materiale sessualmente esplicito e, in alcuni casi, programmare di incontrarsi di persona.

Nell'era digitale, il grooming è diventato più comune a causa dell'aumento dell'uso di Internet e dei social network da parte di ragazze, ragazzi e adolescenti, che sono sempre più connessi e condividono informazioni personali su piattaforme digitali che non confermano l'età degli utenti che accedervi è uno

---

<sup>2</sup> CALVETE, Esther, GÁMEZ GUADIX, Manuel, “Nuevos riesgos de la sociedad digita: Grooming, Sexting, Adicción a Internet y violencia online en el noviazgo”, *“Revista de estudios de juventud 121, Promoción de la Salud y Bienestar emocional en los adolescentes, n°121, 2019, pp. 77-89.*

<sup>3</sup> World Intellectual Property Organization, “Global Innovation Index 2022 What is the future of innovation-driven growth?”, Editorial WIPO, 2022.

<sup>4</sup> Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), Se obtuvo de la página web GOV.CO [https://mintic.gov.co/portal/inicio/Glosario/T/5755:Tecnologias-de-la-Informacion-y-las-Comunicaciones-%20TIC#:~:text=Las%20Tecnolog%C3%ADas%20de%20la%20Informaci%C3%B3n,%2C%20video%20e%20i%20m%C3%A1genes%20\(Art. 2022](https://mintic.gov.co/portal/inicio/Glosario/T/5755:Tecnologias-de-la-Informacion-y-las-Comunicaciones-%20TIC#:~:text=Las%20Tecnolog%C3%ADas%20de%20la%20Informaci%C3%B3n,%2C%20video%20e%20i%20m%C3%A1genes%20(Art. 2022)

degli elementi che consente ai predatori di catturare rapidamente i loro obiettivi sessuali, generando false relazioni.

Inoltre, il grooming può essere più difficile da rilevare online a causa della natura anonima di Internet. I predatori hanno il vantaggio di nascondere la propria identità ed età, il che consente loro di comunicare con più ragazze, ragazzi e adolescenti contemporaneamente.

È importante che i bambini e gli adolescenti, così come i loro genitori ed educatori, siano informati sui pericoli del grooming online e su come proteggersi. È inoltre fondamentale che le autorità e le società tecnologiche adottino misure per prevenire e rilevare il grooming online.

## **II. PIATTAFORME TECNOLOGICHE E PRINCIPIO DI PREVENZIONE PER IL BENESSERE DEI BAMBINI**

Le piattaforme tecnologiche sono applicazioni o siti web che consentono agli utenti di interagire tra loro, condividere informazioni e utilizzare servizi. Queste piattaforme possono essere utilizzate per scopi educativi, commerciali, di intrattenimento e di comunicazione, tra gli altri.

Da un punto di vista scientifico, le piattaforme tecnologiche<sup>5</sup> sono sviluppate attraverso l'uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, come la programmazione, l'intelligenza artificiale, l'automazione, la cybersecurity e la cyber intelligence. Queste tecnologie vengono utilizzate per creare e sviluppare piattaforme facili da usare, sicure, efficienti e scalabili.

Dal punto di vista sociale, le piattaforme tecnologiche hanno cambiato in modo significativo il modo in cui le persone interagiscono tra loro, consentendo loro di accedere alle informazioni e utilizzare i servizi. Ad esempio, i social network come Facebook, Instagram e Twitter hanno cambiato il modo in cui le persone comunicano e condividono le informazioni; piattaforme di e-commerce come

---

<sup>5</sup> *Vid.* SIERRA LLORENTE, José; BUENO GIRALDO, Isidro; MONROY TORO, Stella., “Análisis del uso de las tecnologías TIC por parte de los docentes de las Instituciones educativas de la ciudad de Riohacha”, *Revista Omnia*, 2016, pp. 2.

Amazon e Alibaba hanno cambiato il modo in cui le persone acquistano e vendono prodotti; e le piattaforme di intrattenimento come Netflix e Spotify hanno cambiato il modo in cui le persone consumano i contenuti.

In sintesi, le piattaforme tecnologiche vengono sviluppate e utilizzate sulla base di una combinazione di conoscenze scientifiche e sociali e hanno un grande impatto sulla società del XXI secolo in termini di comunicazione, commercio e intrattenimento.

È difficile fornire un elenco accurato dei principali paesi che utilizzano piattaforme digitali per l'interazione sociale a causa della rapida evoluzione della tecnologia e della disponibilità di dati. Tuttavia, lo sviluppo e l'innovazione di alcuni paesi che hanno un'elevata penetrazione di Internet e un elevato utilizzo dei social network includono:

**Stato Uniti:** secondo il Pew Research Center, il 69% degli adulti negli Stati Uniti utilizza i social media<sup>6</sup>, con Facebook che è la piattaforma più popolare al di sopra di Snapchat e Instagram.

**Cinese:** secondo il China Internet Report 2020, il 99% degli utenti Internet cinesi utilizza i social network, con WeChat<sup>7</sup> la piattaforma più popolare.

**Giappone :**secondo il Japan Internet Users Survey, il 94%<sup>8</sup> degli utenti Internet giapponesi utilizza i social network, con LINE<sup>9</sup> come piattaforma più popolare.

---

<sup>6</sup> Vid. AUXIER, Brooke; ANDERSON, Mónica, “*Uso de las redes sociales en 2021*”, Blog Centro de Investigaciones Pew Research Center, 07 de abril de 2021, link : <https://www.pewresearch.org/internet/2021/04/07/social-media-use-in-2021/>

<sup>7</sup> Vid. BBC Mundo Tecnología, “*El secreto del éxito de WeChat, la red social china que está causando sensación en todo el mundo*”, Blog BBC NEWS MUNDO, 8 mayo 2017, link: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39846951>

<sup>8</sup> Vid. GLOBAL DATA HEADLINES, “*DIGITAL 2021: JAPAN*”, Blog DATAREPORTAL, 09 febrero 2021, Link: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-japan>

<sup>9</sup> Vid. DELGADO, Antonio, “*Guía de uso de Line, Primeros pasos para manejar esta aplicación de mensajería instantánea para teléfonos móviles y ordenadores*”, Blog Consumer EROSKI, 18 de febrero de 2013, link: <https://www.consumer.es/tecnologia/software/guia-de-uso-de-line.html>

**Corea del Sud:** Secondo la Korean Internet & Security Agency, il 96% degli utenti Internet coreani utilizza i social network, con KakaoTalk<sup>10</sup> che è la piattaforma più popolare.

**Regno Unito:** Secondo l'Office for National Statistics, il 78% degli adulti nel Regno Unito utilizza i social media, con Facebook come piattaforma più popolare.

**India:** Secondo il rapporto Internet in India<sup>11</sup> 2018, il 59% della popolazione utilizza i social network, con Facebook come piattaforma più popolare.

In America Latina, alcuni paesi con un'elevata penetrazione di Internet e un elevato utilizzo dei social network includono:

**Brasile:** secondo l'Istituto Brasileiro di Geografia e Statística (IBGE), il 70%<sup>12</sup> della popolazione utilizza i social network, con WhatsApp la piattaforma più popolare.

**Messico:** secondo l'Istituto Nazionale di Statística e Geografía (INEGI), il 71%<sup>13</sup> della popolazione utilizza i social network, con Facebook la piattaforma più popolare.

**Argentina:** Secondo i dati dell'Istituto nazionale delle tecnologie della comunicazione (INTECO) e le statistiche, il 72%<sup>14</sup> della popolazione utilizza i social network, con WhatsApp la piattaforma più popolare.

---

<sup>10</sup> Vid. MARTÍN VILLALBA, Gloria, "Centro de estudios de Asia Oriental, Lenguas y Cultura Asiática", Blog: CEAO.ES, 2022, link: <https://www.ceao.es/japones/>

<sup>11</sup> Vid. ABSOLUT INDIAN, "Las Redes Sociales en India", 12 de julio del 2018, Blog: <https://www.absolutviajes.com/india/las-redes-sociales-en-india/>

<sup>12</sup> Vid. Bnamericas, "Radiografía del uso de internet en México", 07 julio 2022, Blog: <https://www.bnamericas.com/es/reportajes/radiografia-del-uso-de-internet-en-mexico#:~:text=Internet%20se%20emple%C3%B3%20principalmente%20para.4%2C7%20horas%20al%20d%C3%ADa.>

<sup>13</sup> Vid. BUSTOS DE LA TIJERA, Víctor Alfredo, CORONADO IRUEGAS, Abel Alejandro, FRAUSTRO VELHAGEN Silvia Laura, LEYVA PARRA, Gerardo, LÓPEZ DELGADO, Noemi, OLVERA NAVARRO, Ricardo Antonio, ROMO ANAYA, Ana Miriam, and SILVA CUEVAS, Víctor, "Caracterización del sesgo de selección en redes sociales en México a través de algunas características sociodemográficas de sus usuarios", *Realidad, datos y espacio revista internacional de estadística y geografía*, julio, 2022, vol. 13°, n° 2, pp. 26-43.

<sup>14</sup> Vid. Statista Research Department, "El uso de internet en Argentina – Datos estadísticos", 2022, Blog: <https://es.statista.com/temas/7678/el-uso-de-internet-en-argentina/#topicOverview>

**Colombia:** secondo il Ministero delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il 70% della popolazione utilizza i social network, con Facebook<sup>15</sup> la piattaforma più popolare.

**Cile:** <sup>16</sup> il 80% della popolazione utilizza i social network, con WhatsApp la piattaforma più popolare.

**Venezuela:** <sup>17</sup> il 71% della popolazione utilizza i social network, con Facebook come piattaforma più popolare.

In Europa, alcuni paesi con un'elevata penetrazione di Internet e un elevato utilizzo dei social media includono:

**Spagna:** <sup>18</sup> 82% della popolazione utilizza i social network, con WhatsApp la piattaforma più popolare.

**Regno Unito:** il 78%<sup>19</sup> degli adulti nel Regno Unito utilizza i social media, con Facebook come piattaforma più popolare.

**Francia:** Il 78%<sup>20</sup> della popolazione utilizza i social network, con Facebook la piattaforma più popolare.

**Germania :** il 77%<sup>21</sup> della popolazione utilizza i social network, con Facebook come piattaforma più popolare.

---

<sup>15</sup> Vid. Abudinen, Karen, "La meta es conectar al 70 % de los hogares en Colombia': Ministra TIC", Agosto 2020, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Blog GOV.CO: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/MinTIC-en-los-medios/149275:La-meta-es-conectar-%20al-70-de-los-hogares-en-Colombia-Ministra-TIC>

<sup>16</sup> Vid. INEGI, "Bancos de Indicadores", recuperado del Blog: <https://www.inegi.org.mx/app/indicadores/?ind=6200032271&tm=6#D6200032271> en 2022.

<sup>17</sup> Vid. *Idem*

<sup>18</sup> Vid. *Ibidem*

<sup>19</sup> Banco de datos, "Personas que usan Internet (% de la población)-United Kingdom", 2022, Blog, BANCO MUNDIAL BIRF-AIF, <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=GB>

<sup>20</sup> Vid. Statista, "Distribución porcentual de los individuos que usaron las redes sociales en Francia en 2018", según frecuencia" 2018, recuperado del Blog: <https://es.statista.com/estadisticas/600478/porcentaje-de-usuarios-que-usaron-redes-sociales-en-francia/>

<sup>21</sup> La Actualidad de Alemania, "Internet transforma fundamentalmente los medios de comunicación también en Alemania.", recuperado en el 2022 del Blog: <https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/medios-y-comunicacion/medio->

**Russia:** Il 70% della popolazione utilizza i social network, con VKontakte<sup>22</sup> la piattaforma più popolare.

**Italia:** Il 61%<sup>23</sup> della popolazione utilizza i social network, con Facebook la piattaforma più popolare.

È importante ricordare che questi dati possono variare nel tempo poiché le tendenze nell'uso dei social network possono cambiare rapidamente.

L'impatto delle piattaforme digitali sui bambini è stato studiato in diversi campi, come la psicologia, l'educazione e l'interesse sociale.

Da un punto di vista psicologico, l'uso eccessivo delle piattaforme digitali è stato messo in relazione con problemi di salute mentale nei bambini e negli adolescenti<sup>24</sup>, come ansia, depressione e disturbi del sonno. Inoltre, l'uso eccessivo dei social network è stato messo in relazione con problemi di autostima, poiché bambini e adolescenti possono confrontare la propria vita con quella dei loro coetanei e sentirsi insufficienti.

Nel settore educativo, l'uso delle piattaforme digitali può avere un impatto sul rendimento scolastico di bambini e adolescenti<sup>25</sup>.

L'uso eccessivo di piattaforme digitali può distrarre gli studenti e diminuire la loro capacità di concentrarsi e conservare le informazioni. Può anche influire negativamente sullo sviluppo delle abilità sociali ed emotive, il che può rendere difficile l'interazione con altri studenti e insegnanti.

Avvicinato dall'interesse sociale, l'uso delle piattaforme digitali può incidere sulla privacy e sulla sicurezza di bambini e adolescenti. Possono essere vittime di

---

[digitales#:~:text=Tambi%C3%A9n%20se%20han%20modificado%20considerablemente.73%20millones%20utilizan%20redes%20sociales.](#)

<sup>22</sup> Vid. FLORES, Andrea, “¿Qué es Vkontakte? La red social rusa que planea superar a Facebook”, *Revista electrónica Future of People*, 2021, recuperado del Blog: <https://www.crehana.com/blog/negocios/que-es-vkontakte/>

<sup>23</sup> Vid. Istituto Nazionale di Statistica, “A daily measure of the italian sentiment on the economy based on Twitter data”, Recuperado del Blog ISTAT: <https://www.istat.it/en/archive/219600>

<sup>24</sup> Vid. Organización de Naciones Unidas, “*Creecer en el mundo digital: Cómo internet afecta al bienestar y la seguridad de los niños*”, 2017, recuperado del Blog Noticias ONU, Mirada global Historias Humanas en 2022 del link: <https://news.un.org/es/story/2017/12/1423682>

<sup>25</sup> Vid. GUERRERO CASTILLO, Daniel, “Impacto de las redes sociales en la educación”, *Revista Universidad Abierta*, 2016, vol. 2. N° 2, ISSN: 2683-3379, pp. 3-6.

cyberbullismo<sup>26</sup>, adescamento ed esposizione a contenuti inappropriati. Inoltre, l'uso eccessivo delle piattaforme digitali può influire negativamente sulla salute fisica di bambini e adolescenti, poiché possono ridurre la loro attività fisica e aumentare il rischio di obesità.

Il cyberbullismo si esprime in vari modi, alcune sue modalità hanno una spiccata connotazione di discriminazione di genere e sono proprio queste che gli adolescenti sperimentano in proporzione maggiore rispetto ai ragazzi: l'invio di messaggi con insulti, minacce o intimidazioni, o anche situazioni più gravi, come l'invio di messaggi informazioni false, imbarazzanti o intime sulla vittima<sup>27</sup>.

In generale, è importante promuovere un uso sano ed equilibrato delle piattaforme digitali durante l'infanzia, attraverso l'educazione e la promozione di sane abitudini, nonché la regolamentazione e la supervisione da parte delle autorità e dei genitori.

- **Sherry Turkle:** è professore al MIT ed esperto dell'impatto della tecnologia sulla comunicazione umana. Ha scritto diversi libri sull'impatto delle piattaforme digitali sulle relazioni umane, tra cui "Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other" (2012) e "Reclaiming Conversation: The Power of Talk in a Digital Age" (2015).
- **Jean Twenge:** è professore di psicologia all'Università di San Diego ed esperto dell'impatto dei social media e della tecnologia sulla salute mentale e sul benessere dei giovani. Ha scritto diversi libri sull'argomento, tra cui "iGen: perché i bambini super connessi di oggi crescono meno ribelli, più tolleranti, meno felici e completamente impreparati per l'età adulta" (2017).

In diritto, il principio di prevenzione si riferisce all'idea che è meglio prevenire un problema o un reato prima che si verifichi, piuttosto che reagire dopo che è già

---

<sup>26</sup> Vid. *Alianza por la Seguridad en Internet* (ASI), grupo de Facebook que fomenta la información a padres sobre los riesgos de inter por el que puedan pasar sus hijos en el internet, Información recuperado de su blog en Facebook: : [https://www.facebook.com/ASIMexico/?locale=es\\_LA](https://www.facebook.com/ASIMexico/?locale=es_LA)

<sup>27</sup> Vid. INMUJERES, "Desigualdad en cifras", 2016, BOLETIN Gobierno de México, Año 2, n° 7.

accaduto. Questo principio si applica alla protezione del benessere dei bambini attraverso l'adozione di misure per prevenire la violenza, l'abuso, l'incuria e altri problemi che possono incidere sullo sviluppo e sulla salute fisica e psicologica dei bambini.

Nel diritto internazionale, il principio di prevenzione<sup>28</sup> si ritrova nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, che stabilisce l'obbligo per gli Stati di adottare misure per proteggere i bambini da ogni forma di violenza, abuso, negligenza e sfruttamento. Si trova anche nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale<sup>29</sup>, che consente il perseguimento di individui per crimini commessi contro i bambini<sup>30</sup>, compreso il reclutamento di bambini nelle forze armate e lo stupro di bambini nel contesto di un conflitto armato.

Nel diritto nazionale, il principio della prevenzione è applicato attraverso l'adozione di leggi e politiche per prevenire la violenza, l'abuso, l'incuria e altri problemi che colpiscono i bambini, come l'educazione al cyberbullismo e all'adescamento, la creazione di programmi di sostegno per le famiglie a rischio e la creazione di sistemi di allerta precoce per rilevare e prevenire la violenza domestica.

Esistono diverse leggi e strumenti internazionali che puniscono e prevengono i crimini informatici contro i bambini. Alcuni dei principali includono:

- Convenzione di Lanzarote<sup>31</sup> sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e la violenza sessuale: questa convenzione, adottata nel 2007 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è il primo strumento internazionale

---

<sup>28</sup> Vid. Organización de las Naciones Unidas, “*Excluidos o Invisibles*” Libro: *Estado Mundial de la Infancia, 2006*”, p.20.

<sup>29</sup> Vid. Organización de las Naciones Unidas, “*Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2009.

<sup>30</sup> Vid. Organización de las Naciones Unidas, “*Estado Mundial de la Infancia 2017 Niños en un mundo digital*”, UNICEF..

<sup>31</sup> Vid. Estados Miembros del Consejo de Europa, “*CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y EL ABUSO SEXUAL*”, 2007, recupero en 2022 del Blog HUMANIUM <https://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contr-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>

che si concentra specificamente sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e la violenza sessuale. in linea. Stabilisce misure per prevenire e combattere questi crimini, nonché per proteggere le vittime.

- Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo<sup>32</sup>: questo è lo strumento più importante del diritto internazionale sui diritti del fanciullo. Adottato nel 1989, è ratificato dalla maggior parte dei paesi del mondo, il suo articolo 19 stabilisce l'obbligo degli stati di proteggere i bambini da ogni forma di violenza, compresi gli abusi online.
- Raccomandazioni dell'OMS per la protezione dei bambini online:<sup>33</sup> questo documento, adottato nel 2020, offre una serie di raccomandazioni per proteggere i bambini e gli adolescenti dai rischi online, compreso ciò che prevedono.

### **III. PIATTAFORME DIGITALI, EVOLUZIONE E RESPONSABILITÀ DI CONTROLLO DA PARTE DELLO STATO**

Le piattaforme digitali sono siti Web o applicazioni mobili che consentono agli utenti di interagire tra loro, condividere contenuti, accedere a servizi ed effettuare transazioni online. L'origine delle piattaforme digitali risale agli anni '90<sup>34</sup>, quando sono emersi i primi siti web e servizi online. Nel tempo, la popolarità di Internet e l'emergere di nuove tecnologie, come gli smartphone, hanno consentito lo sviluppo di una crescente varietà di piattaforme digitali.

Alcune delle piattaforme digitali più comuni includono: ( RD Station, 2022)

- Social Network: piattaforme che consentono agli utenti di condividere contenuti, interagire personalmente e tenersi in contatto con amici e familiari. Gli esempi includono Facebook, Instagram, TikTok, Twitter, ecc.

---

<sup>32</sup> Vid. Organización de las Naciones Unidas, "Por la inclusión de todas las niñas y todos los niños", ONU, Blog Naciones Unidas, recuperado en 2022: <https://www.un.org/es/observances/world-childrens-day>

<sup>33</sup> Vid. Organización de las Naciones Unidas, "Recomiendan que los niños no usen pantallas hasta los dos años", 2019, recuperado del blog ONU: <https://news.un.org/es/story/2019/04/1454801>

<sup>34</sup> Vid. BARRIOS GUTIÉRREZ, Melissa, "¿Cómo detectar un uso inadecuado de los videojuegos en mis hij@s?", 2020, Blog AUTISMO: <https://autismocdmexico.org/ar/como-detectar-un-uso-inadecuado-de-los-videojuegos-en-mis-hijos/>, recuperado en el 2022.

- Piattaforme di e-commerce: siti Web che consentono agli utenti di acquistare e vendere prodotti e servizi online. Gli esempi includono Amazon, eBay, Alibaba, ecc.
- Piattaforme di intrattenimento: siti web o applicazioni mobili che offrono contenuti multimediali, come musica, film e programmi TV. Questi includono Spotify, Netflix, YouTube, ecc.
- Piattaforme di gioco: siti web o applicazioni mobili che offrono giochi online. Gli esempi includono Steam, Xbox Live, PlayStation Plus, ecc.
- Piattaforme di hosting e condivisione di file: piattaforme online che consentono agli utenti di archiviare e condividere file, come documenti, immagini e video.

L'evoluzione delle piattaforme digitali ha avuto un grande impatto sulla società e in particolare sui bambini, poiché ha fornito nuove forme di comunicazione, istruzione, intrattenimento e accesso alle informazioni. Tuttavia, sono state espresse preoccupazioni anche sui rischi e sui pericoli che i bambini affrontano online, come ad esempio l'adescamento, il cyberbullismo e l'esposizione a contenuti inappropriati.

Il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia (UNICEF) ha dichiarato:

“Sempre più spesso anche i telefoni cellulari e Internet mettono a rischio di violenza sessuale i bambini, poiché alcuni adulti utilizzano Internet per cercare rapporti sessuali con i bambini. Aumentano anche il numero e la circolazione di immagini di atti in atto di abusi sui minori. Anche i bambini stessi si scambiano messaggi o immagini di contenuto sessuale sui loro telefoni cellulari, il cosiddetto “*sexting*”, che li mette a rischio di altri tipi di abuso<sup>35</sup>.”

Lo stato ha la responsabilità di garantire la protezione e il benessere dei bambini online, e questo include il controllo e la regolamentazione delle piattaforme

---

<sup>35</sup> Vid. VERGARA, Angelica, Programa “*Protección a la niñez y adolescencia, Los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos de la violencia, el abuso y el maltrato*”, recuperado del Blog: UNICEF México <https://www.unicef.org/mexico/protecci%C3%B3n-la-ni%C3%B1ez-y-adolescencia#:~:text=En%20UNICEF%20M%C3%A9xico%20rechazamos%20la,propios%20ni%C3%B1os%20y%20adolescentes.>

digitali. Vengono proposte alcune misure che lo Stato dovrebbe attuare attraverso meccanismi per una maggiore protezione dei bambini messicani.

Educazione e consapevolezza: gli Stati hanno promosso l'educazione e la consapevolezza sui rischi e sui pericoli online, in modo che bambini e genitori possano prendere provvedimenti per proteggersi ed evitare situazioni rischiose. Attraverso la supervisione e il follow-up.

In America Latina, diversi paesi hanno adottato leggi e regolamenti per prevenire e combattere i crimini informatici contro i bambini. Alcuni esempi includono

- **Argentina:** la legge semplice: protezione completa dei diritti dei bambini e degli adolescenti (nota anche come legge 26.061)<sup>36</sup> stabilisce la protezione dei diritti dei bambini e degli adolescenti contro i rischi e i pericoli online, tra cui adescamento e cyberbullismo.
- **Messico:** LEGGE GENERALE SUI DIRITTI DEI BAMBINI E ADOLESCENTI E VARIE DISPOSIZIONI DELLA LEGGE VENGONO MODIFICATE PRESTAZIONE GENERALE DI SERVIZI PER L'ATTENZIONE, LA CURA E SVILUPPO INTEGRALE DEL BAMBINO (Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, 2014). stabilisce misure per prevenire e combattere la violenza online, compresi il grooming e il cyberbullismo.
- **Brasile:** il Quadro Civile di Internet legifera sui diritti digitali innovativi, come la neutralità della rete e l'istituzione del multisetorismo come principio per la futura regolamentazione di Internet nel paese. (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ); Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2010) La metodologia per la creazione di una legge per Internet, compresa la protezione di bambini e adolescenti contro il grooming e il cyberbullismo.
- **Colombia:** nel Piano Nazionale di Sviluppo 2014-2018. Stabilisce nell'Articolo 82° (COLOMBIA, 2015). Politica globale di assistenza per la prima infanzia, l'infanzia e l'adolescenza; misure per prevenire il cyberbullismo, nonché per tutelare i diritti dei bambini e degli adolescenti strutturando un sistema di

---

<sup>36</sup> Vid. Secretaria de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, "Ley N°26.061 PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES", 2014, Editorial Sistema Argentino de Información Jurídica.

monitoraggio e valutazione delle politiche, rafforzando il monitoraggio della garanzia dei diritti attraverso il Sistema Informativo Unico dell'Infanzia.

- **Cile:** LA LEGGE 21430 “Sulle garanzie e la tutela completa dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza” (Chile, 2022), mira a garantire e tutela integrale, l'effettivo esercizio e il pieno godimento dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, in particolare, dei diritti umani, attraverso la protezione, la promozione , prevenzione, restituzione o riparazione per l'accesso, l'esercizio e l'effettivo godimento dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza
- **Perù:** Legge per prevenire, punire e sradicare la violenza contro le donne e i membri del gruppo familiare (nota anche come Legge n. 30364) mira a prevenire, sradicare e punire tutte le forme di violenza prodotte nella sfera pubblica o privata contro le donne a causa di il proprio status in quanto tale, e nei confronti dei membri del nucleo familiare; soprattutto quando si trovano in una situazione di vulnerabilità, a causa della loro età o situazione fisica, come ragazze, ragazzi, adolescenti, anziani e persone con disabilità (PERÚ, 2015).

In Europa esistono varie leggi e regolamenti che cercano di prevenire e combattere i crimini informatici contro i bambini. Alcuni dei principali includono:

- **Unione Europea:** la Direttiva sulla protezione dei minori in relazione alla pubblicità online (2013) stabilisce misure per proteggere i minori dalla pubblicità ingannevole e dai contenuti inappropriati online:

“L'offerta online di contenuti lesivi, con forti connotazioni di violenza, discriminazione, sessismo, razzismo, con caratteristiche che li rendono inappropriati per i minori, può ridurre la percezione di offese alla dignità umana nell'utente impreparato e proliferare la diffusione tra i minori dell'uso della rete con intenti più o meno consapevoli di ledere la propria dignità (*sexting*) e quella altrui (*cyberbullismo*). Il 55% dei bambini dichiara di percepire il rischio proveniente dalla rete, il 12% dei bambini di 9-12 anni dichiara di essere stato molestato, principalmente da bulli (40%) e contenuti e tentativi di approcci sessuali (25%). In particolare, il bullismo online sembra essere un'estensione del

bullismo nella vita reale, contribuendo a diffondere il fenomeno e generando reciprocità di comportamenti”<sup>37</sup>.

- **Regno Unito:** se il partito laburista britannico chiedesse al governo di approvare l'Internet Safety Act, secondo i dati condivisi da Ofcom e visti da Reuters, tra aprile 2021 e aprile 2022, TikTok ha bloccato una media di circa 180.000 account minorenni sospetti in Gran Bretagna ciascuno. mese, o circa 2 milioni in quel periodo di 12 mesi<sup>38</sup>.

- **Spagna:** La Legge per la protezione integrale dei bambini e degli adolescenti contro la violenza (nota e pubblicata anche come Legge organica 8/2021) menziona e sviluppa i protocolli di azione contro i segni di abuso e maltrattamento, bullismo, cyberbullismo, molestie sessuali, violenza di genere, violenza domestica, suicidio, autolesionismo e qualsiasi altra forma di violenza. Ricorda inoltre che per il corretto funzionamento di questi protocolli, in tutti i centri educativi è istituito un coordinatore dell'assistenza e della protezione. Riflette anche la necessaria formazione dei minori in materia di sicurezza digitale. (Jefatura del Estado de España, 2021).

- **Germania:** il governo tedesco investe molto in infrastrutture che proteggono i bambini come "Unsafe Media Control Office for Minors", che mira a indicizzare film, musica, giochi per computer, ecc. L'Ufficio sensibilizza l'opinione pubblica per promuovere la protezione dei giovani e l'educazione ai media.

Investono anche in programmi di rete specializzati per minori come fragFINN: chiedi a FINN <sup>39</sup> e jugendschutz.net: Protezione dei minori su Internet <sup>40</sup>. (deutschland.de, 2013)

- **Francia:** D'altra parte, il corpo legislativo ha generato per regolamentare le attuali attività in cui sono coinvolti i bambini, per cui il parlamento francese ha

---

<sup>37</sup> (europeo, 2012)

<sup>38</sup> Vid. COULTER, Martin, "La oposición británica pide más protección para los niños en Internet", 2022, Blog INFOBAE. <https://www.infobae.com/america/agencias/2023/03/06/la-oposicion-britanica-pide-mas-proteccion-para-los-ninos-en-internet/>

<sup>39</sup> "red, el portal FragFINN (pregúntale a FINN), dirigido a menores infantes de entre ocho y doce años, les permite acceder a una serie de páginas cuyos contenidos han sido revisado por Pedagogos especialistas en medios de comunicación se encargan de rastrear el espacio virtual en busca de webs recomendadas para niños. Este sitio permite a los padres configurar el navegador de manera que los más pequeños de la casa solo puedan acceder a páginas aptas para su edad". [www.fragfinn.de](http://www.fragfinn.de)

<sup>40</sup> "centro oficial para la protección de menores en Internet jugendschutz.net vela por que los contenidos de las páginas web de información y comunicación alemanas no sean de carácter violento, racista o pornográfico, a fin de proteger a los niños." [www.jugendschutz.net](http://www.jugendschutz.net)

approvato una nuova legge per proteggere i bambini *influencer* del paese, che mira a regolamentare le ore in cui lavorano. ai minori di 16 anni, la legge contro lo “Sfruttamento dell'immagine dei minori sulle piattaforme online”<sup>41</sup>.

Ci sono varie strategie che sono state sviluppate in tutto il mondo per prevenire e combattere la criminalità informatica contro i bambini. Alcuni dei più importanti includono.

- **Educazione e consapevolezza:** una delle strategie più importanti per prevenire il crimine informatico contro i bambini è educare bambini, genitori ed educatori sui rischi e sui pericoli online, nonché su come proteggersi.
- **Supervisione e monitoraggio:** i servizi di sicurezza e le forze dell'ordine utilizzano tecniche di supervisione e monitoraggio per rilevare e prevenire i crimini informatici contro i bambini.
- **Collaborazione industria-governo-società civile:** la collaborazione tra l'industria IT, il governo e la società civile è importante per sviluppare soluzioni efficaci per prevenire e combattere la criminalità informatica contro i bambini.
- **Regolamento e leggi:** gli stati hanno sviluppato leggi e regolamenti per penalizzare e prevenire i crimini informatici contro i bambini.
- **Protezione della privacy:** è importante garantire che le piattaforme digitali rispettino le norme sulla privacy e sulla sicurezza online per proteggere i bambini dai rischi online.
- **Cooperazione internazionale:** è importante che i paesi lavorino insieme a livello internazionale per combattere la criminalità informatica contro i bambini poiché questi crimini non hanno confini.

---

<sup>41</sup> Vid. La Voz de Galicia, “Francia aprueba una ley para proteger a los niños «influencers”, 2020, Blor periodístico La Voz de Galicia. <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2020/10/09/francia-aprueba-ley-protger-ninos-influencers/00031602270339154226551.htm>

#### **IV. PRINCIPALI FATTI CHE PER LORO NATURA IN AMBITO DIGITALE SONO CONSIDERATI REATI CONTRO BAMBINE, BAMBINI E ADOLESCENTI**

Sono diversi gli eventi che, per la loro natura in ambito digitale, sono considerati reati contro l'infanzia e l'adolescenza. Alcuni dei principali includono:

- **Grooming:** è il processo attraverso il quale un adulto comunica con un bambino o un adolescente con l'obiettivo di guadagnarsi la sua fiducia e poi abusarne. Il grooming viene effettuato attraverso social network, chat, giochi online e altre piattaforme digitali.
- **Cyberbullismo:** è il bullismo o il bullismo online che viene effettuato attraverso l'uso di dispositivi elettronici e social network. Il cyberbullismo può includere minacce, calunnie, molestie sessuali, diffusione di voci e altre forme di bullismo online.
- **Sfruttamento sessuale:** è l'uso di piattaforme digitali per commercializzare e distribuire immagini e video di sfruttamento sessuale di minori.
- **Dipendenza dalle tecnologie:** la dipendenza dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in particolare dai giochi online e dai social network, può avere effetti negativi sullo sviluppo cognitivo, fisico ed emotivo dei bambini.
- **Esposizione a contenuti inappropriati:** i bambini possono essere esposti a contenuti inappropriati online, come violenza, pornografia e discriminazione.
- **Frodi online:** i bambini possono essere vittime di frodi online, come furto di identità, furto di informazioni personali e furto di denaro.

È importante ricordare che questi crimini sono più comuni nel mondo digitale ed è necessario essere vigili e proteggere i bambini in queste situazioni.

Per configurarsi come reato è generalmente richiesto che l'adulto abbia tentato di contattare la ragazza o il ragazzo in modo sistematico, con l'obiettivo di conquistarne la fiducia. È inoltre richiesto che l'adulto abbia cercato di

persuadere o convincere la ragazza o il ragazzo a incontrarsi di persona o a compiere qualche atto sessuale o inappropriato.

La legge può variare a seconda del paese, ma in generale l'adescamento è considerato un reato di abuso sessuale di minori e può essere punito con la reclusione e multe. Tuttavia, in alcuni paesi, non è stata ancora creata una figura specifica per il grooming, ma è piuttosto inquadrata all'interno della classificazione dei reati sessuali.

È importante ricordare che il grooming è un reato difficile da individuare e perseguire, poiché di solito si verifica in spazi digitali privati e in un rapporto di fiducia, motivo per cui è importante che bambini e adolescenti siano educati e consapevoli di questi pericoli, e sanno proteggersi.

Le conseguenze o i danni che una ragazza o un ragazzo possono subire se esposti al grooming possono essere gravi e influenzare sia la loro salute mentale che il loro sviluppo sociale. Alcune delle conseguenze più comuni includono: (Rodrigues Abjaude, Borges Pereira, Barboza Zanetti, & Leira Pereira, 2020)

- **Trauma psicologico:** i bambini che sono stati curati possono subire traumi psicologici, tra cui ansia, depressione, stress post-traumatico e disturbi alimentari.
- **Problemi di autostima e immagine di sé:** i bambini che sono stati curati possono soffrire di problemi di autostima e immagine di sé, poiché possono sentirsi responsabili, colpevoli o vergognarsi di ciò che è accaduto loro. Problemi di relazione: i bambini che sono stati curati possono avere difficoltà a fidarsi degli altri e avere problemi a stabilire relazioni sane con amici e familiari.
- **Problemi comportamentali:** i bambini che sono stati curati possono avere problemi comportamentali, come aggressività, isolamento sociale e problemi scolastici.
- **Problemi nello sviluppo sessuale:** i bambini che sono stati curati possono avere problemi nello sviluppo sessuale, come difficoltà ad avere relazioni sane o problemi nella gestione delle situazioni sessuali.
- **Problemi nella loro vita scolastica e lavorativa:** i bambini che sono stati curati possono avere difficoltà a concentrarsi e ad esibirsi nella loro vita

scolastica e lavorativa, il che può influire sul loro futuro accademico e professionale.

È importante ricordare che questi effetti possono essere ampiamente distribuiti e possono richiedere cure e supporto psicologico per superarli. Il trattamento e il supporto psicologico sono essenziali per aiutare i bambini che hanno esplorato il ruolo del grooming a superare gli effetti negativi che hanno subito. Alcune delle strategie di trattamento più comuni includono: (FORMA INFANCIA EUROPEAN SCHOOL, 2022).

- **Terapia cognitivo comportamentale (CBT):** è un modo efficace per trattare i disturbi psicologici e i problemi comportamentali legati alla toelettatura. La terapia aiuta i bambini a cambiare i loro modelli di pensiero e comportamento negativi per migliorare la loro salute mentale.
- **Terapia di gruppo:** la terapia di gruppo è un modo efficace per fornire supporto ai bambini che sono stati curati. I bambini possono condividere le loro esperienze con altri bambini che hanno vissuto situazioni simili e imparare da loro.
- **Terapia familiare:** la terapia familiare può essere utile nell'aiutare i bambini che sono stati accuditi a migliorare le loro relazioni con i membri della famiglia e nell'aiutare i membri della famiglia a comprendere e gestire i problemi legati all'adescamento.

Esistono diversi teorici e professionisti della salute mentale che hanno sviluppato teorie e approcci per il trattamento di ragazze e ragazzi esposti al grooming. Alcuni dei principali includono:

- **Judith Lewis Herman:** È psichiatra e professoressa di psichiatria alla Harvard Medical School. Le sue teorie si concentrano sul trattamento del trauma e sul recupero per le vittime di abusi sessuali.
- **Bessel Van der Kolk:** è uno psichiatra e professore di psichiatria alla Boston Medical School. Le sue teorie si concentrano sul trattamento del trauma e sul recupero per le vittime di abusi sessuali.

- **Peter Fonagy:** È psicoanalista e professore di psicoanalisi all'University College di Londra. Le sue teorie si concentrano sullo sviluppo della mente e della salute mentale nell'infanzia e nell'adolescenza.
- **Judith Becker:** è una psicologa clinica americana, specializzata nel trattamento delle vittime di abusi sessuali su minori. Ha sviluppato una terapia chiamata "terapia centrata sul corpo" (CBT) che è stata utilizzata per trattare le vittime di toelettatura.
- **Jonio Briere:** è uno psicologo clinico americano e professore universitario, specializzato nel trattamento delle vittime di abusi sessuali su minori e adulti. Ha sviluppato il trattamento cognitivo-comportamentale chiamato "Integral Therapy for Victims of Sexual Abuse" (TIVA) che è stato utilizzato per trattare le vittime di adescamento.

## **V. CONCLUSIONE**

Con la ricerca svolta per l'elaborazione di questo lavoro al fine di determinare l'impatto globale di pari passo con dati concreti sulle conseguenze dell'adescamento per i bambini.

Per quanto esposto in cui il cyberbullismo "Grooming" è stato identificato dalla dottrina e dai dati di studi statistici effettuati da istituzioni specializzate come un fenomeno che viola i diritti e le libertà di ragazze, ragazzi e adolescenti non solo in Messico ma anche nel mondo sia nei paesi sviluppati che in quelli in via di sviluppo.

La toelettatura come problema globale che riguarda ed è di grande interesse sia per gli individui che per il governo, quindi, in questa indagine, l'organismo e gli elementi normativi nazionali e internazionali che cercano di identificare e prevenire questa condotta a favore del miglior interesse del neonato sono stati esposti.

Ogni giorno è più facile per questi predatori accedere alla privacy dei bambini inesperti di fronte ai pericoli trovati su Internet, all'ignoranza o alla mancanza di cure da parte dei loro tutori e tutori legali che sono direttamente obbligati a

vedere la sicurezza dei suoi minori , lo stato di Internet e della società dell'informazione che consente a tutti gli utenti di accedervi senza molte restrizioni come uno degli elementi caratteristici delle TIC , che deve essere inclusivo, questa situazione favorisce l'accesso all'informazione e alla comunicazione ma se non è regolamentata, queste lacune di sicurezza non vengono risolte è che si generano affezioni psicologiche e fisiche su ragazze, ragazzi e adolescenti.

la costante importanza dello sviluppo di politiche pubbliche che coincidono con l'interesse vitale di costruire spazi sicuri per la formazione di valori, promuovere il rispetto, la cooperazione con una formazione dei cittadini generatrice di pace fin dall'infanzia che mira ad arricchire lo sviluppo integrale dell'infanzia.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABSOLUT INDIAN, “Las Redes Sociales en India”,12 de julio del 2018, Blog: <https://www.absolutviajes.com/india/las-redes-sociales-en-india/>

Abudinen, Karen, “La meta es conectar al 70 % de los hogares en Colombia': Ministra TIC”, Agosto 2020, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Blog GOV.CO: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/MinTIC-en-los-medios/149275:La-meta-es-conectar-%20al-70-de-los-hogares-en-Colombia-Ministra-TIC>

Alianza por la Seguridad en Internet (ASI), grupo de Facebook que fomenta la información a padres sobre los riesgos de inter por el que puedan pasar sus hijos en el internet, Información recuperado de su blog en Facebook: : [https://www.facebook.com/ASIMexico/?locale=es\\_LA](https://www.facebook.com/ASIMexico/?locale=es_LA)

AUXIER, Brooke; ANDERSON, Mónica, “Uso de las redes sociales en 2021”, Blog Centro de Investigaciones Pew Research Center, 07 de abril de 2021, link : <https://www.pewresearch.org/internet/2021/04/07/social-media-use-in-2021/>

Banco de datos, “Personas que usan Internet (% de la población)-United Kingdom,2022, Blog, BANCO MUNDIAL BIRF-AIF, <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=GB>

BARRIOS GUTIÉRREZ, Melissa, “¿Cómo detectar un uso inadecuado de los videojuegos en mis hij@s?”, 2020, Blog AUTISMO: <https://autismocdmexico.org/ar/como-detectar-un-uso-inadecuado-de-los-videojuegos-en-mis-hijos/>, recuperado en el 2022.

BBC Mundo Tecnología, “El secreto del éxito de WeChat, la red social china que está causando sensación en todo el mundo”, Blog BBC NEWS MUNDO,8 mayo 2017, link: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39846951>.

Bnamericas, “Radiografía del uso de internet en México”, 07 julio 2022, Blog: <https://www.bnamericas.com/es/reportajes/radiografia-del-uso-de-internet-en-mexico#:~:text=Internet%20se%20emple%C3%B3%20principalmente%20para%2C7%20horas%20al%20d%C3%ADa.>

BUSTOS DE LA TIJERA, Víctor Alfredo, CORONADO IRUEGAS, Abel Alejandro, FRAUSTRO VELHAGEN Silvia Laura, LEYVA PARRA, Gerardo, LÓPEZ DELGADO, Noemi, OLVERA NAVARRO, Ricardo Antonio, ROMO ANAYA, Ana Miriam, and SILVA CUEVAS, Víctor, “Caracterización del sesgo de selección en redes sociales en México a través de algunas características sociodemográficas de sus usuarios”, *Realidad, datos y espacio revista internacional de estadística y geografía*, julio, 2022, vol 13°, n° 2, pp. 26-43.

CALVETE, Esther, GÁMEZ GUADIX, Manuel, “Nuevos riesgos de la sociedad digita: Grooming, Sexting, Adicción a Internet y violencia online en el noviazgo”, *Revista de estudios de juventud: Promoción de la Salud y Bienestar emocional en los adolescentes*, n°121, 2019, pp. 77-89.

COULTER, Martin, “La oposición británica pide más protección para los niños en Internet”, 2022, Blog INFOBAE. <https://www.infobae.com/america/agencias/2023/03/06/la-oposicion-britanica-pide-mas-proteccion-para-los-ninos-en-internet/>

DELGADO, Antonio, “Guía de uso de Line, Primeros pasos para manejar esta aplicación de mensajería instantánea para teléfonos móviles y ordenadores”, Blog Consumer EROSKI, 18 de febrero de 2013, link: <https://www.consumer.es/tecnologia/software/guia-de-uso-de-line.html>

Estados Miembros del Consejo de Europa, “CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y EL ABUSO SEXUAL”, 2007, recuperado en 2022 del Blog HUMANIUM <https://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contra-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>

FLORES, Andrea, “¿Qué es Vkontakte? La red social rusa que planea superar a Facebook”, “Revista electrónica Future of People”, 2021, recuperado del Blog: <https://www.crehana.com/blog/negocios/que-es-vkontakte/>

GLOBAL DATA HEADLINES, “DIGITAL 2021: JAPAN”, Blog DATAREPORTAL, 09 febrero 2021, Link: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-japan>

GUERRERO CASTILLO, Daniel, “Impacto de las redes sociales en la educación”, *Revista Universidad Abierta*, vol. 2, nº 2, 2016, pp. 3-6

INEGI, “Bancos de Indicadores”, recuperado del Blog: <https://www.inegi.org.mx/app/indicadores/?ind=6200032271&tm=6#D6200032271> en 2022.

INMUJERES, “Desigualdad en cifras”, BOLETIN Gobierno de México, Año 2, nº 7, 2016

Instituto Nazionale di Statistica, “A daily measure of the italian sentiment on the economy based on Twitter data”, Recuperado del Blog ISTAT: <https://www.istat.it/en/archive/219600>

La Actualidad de Alemania, “Internet transforma fundamentalmente los medios de comunicación también en Alemania.”, recuperado en el 2022 del Blog: <https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/medios-y-comunicacion/medio->



Organización de Naciones Unidas, “Crecer en el mundo digital: Cómo internet afecta al bienestar y la seguridad de los niños”, 2017, recuperado del Blog Noticias ONU, Mirada global Historias Humanas en 2022 del link: <https://news.un.org/es/story/2017/12/1423682>

Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Ley N°26.061 PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”, Editorial Sistema Argentino de Información Jurídica, 2014.

SIERRA LLORENTE, José; BUENO GIRALDO, Isidro; MONROY TORO, Stella., “Análisis del uso de las tecnologías TIC por parte de los docentes de las Instituciones educativas de la ciudad de Riohacha”, *Revista Omnia*, 2016, pp.2.

Statista Research Department, “El uso de internet en Argentina – Datos estadísticos”, 2022, Blog: <https://es.statista.com/temas/7678/el-uso-de-internet-en-argentina/#topicOverview>

Statista, “Distribución porcentual de los individuos que usaron las redes sociales en Francia en 2018”, según frecuencia” 2018, recuperado del Blog: <https://es.statista.com/estadisticas/600478/porcentaje-de-usuarios-que-usaron-redes-sociales-en-francia/>

UNICEF México, “Mantener seguros a niñas, niños y adolescentes en internet, durante la pandemia, pasan más tiempo conectados”, UNICEF, se obtuvo en 2022 de la página web: <https://www.unicef.org/mexico/mantener-seguros-ni%C3%B1as-y-adolescentes-en-internet>

VERGARA, Angelica, Programa “Protección a la niñez y adolescencia, Los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos de la violencia, el abuso y el maltrato”, recuperado del Blog: UNICEF México <https://www.unicef.org/mexico/protecci%C3%B3n-la-ni%C3%B1ez-y-adolescencia#:~:text=En%20UNICEF%20M%C3%A9xico%20rechazamos%20la,propios%20ni%C3%B1os%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes.>

*CAPÍTULO XXIII: Il grooming come figura che viola i bambini nel XXI secolo e il principio di prevenzione*

World Intellectual Property Organization, “Global Innovation Index 2022 What is the future of innovation-driven growth?”, Editorial WIPO, 2022



## CAPÍTULO XXIV

# La “Cláusula Romeo y Julieta” tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual

*Marcos Chaves-Carou*

*Universidad de Salamanca (ESPAÑA)*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ ES LA “CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA”? III. ¿EN QUÉ DELITOS CABE APLICAR ESTA EXIMENTE? IV. ¿CUÁNDO PUEDE APLICARSE LA “CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA”? V. ¿CÓMO SE HA APLICADO ESTA EXIMENTE? ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES. 1. La STS 626/2022, de 23 de junio. 2. La STS 750/2022, de 14 de septiembre. 3. La STS 672/2022, de 1 de julio. 4. La STS 930/2022, de 30 de noviembre: “Caso Arandina”. VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.**

### I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante LO 10/2022), ha operado diversos y profundos cambios, tanto en el Código Penal como en otras normas del ordenamiento jurídico<sup>1</sup>, estableciendo medidas de información e investigación, prevención y

---

<sup>1</sup> Vid. MAGRO SERVET, Vicente, "Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual", *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 10133, 2022, pp. 1-33.

sensibilización, detección, formación, asistencia, reparación y, en general, tutela institucional<sup>2</sup>.

Tan amplia reforma también ha alcanzado a la “Cláusula Romeo y Julieta”.

En España, la edad mínima legalmente establecida para consentir relaciones sexuales es la de dieciséis años (art. 181.1 CP). Con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se situaba en los trece. En ambos casos, el legislador ha optado por seguir manteniendo un criterio estrictamente cronológico<sup>3</sup>.

Resulta notorio que los jóvenes han adelantado la edad de inicio en las relaciones sexuales. Basta con realizar una búsqueda en Google con los términos “edad de inicio en relaciones sexuales” para comprobar que la mayoría de los resultados la sitúan por debajo de la edad fijada por el legislador penal<sup>4</sup>.

Para no enviar a la ilegalidad penal todas las (ciertamente, no inusuales) relaciones sexuales de los adolescentes que aún no han cumplido dicha edad<sup>5</sup>, el legislador introdujo en el Código Penal la cláusula referida, también mediante la reforma de 2015, en el antiguo artículo 183 quater, hoy 183 bis.

Nuestro Código Penal remite a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuando el sujeto activo de una conducta tipificada como delito fuere menor de edad (art. 19 CP). Según el artículo 3 de esta ley, los menores de catorce años son inimputables, rigiéndose por la misma aquéllos comprendidos entre los catorce y dieciocho años.

Este Derecho penal de menores “desformaliza” el Derecho penal de adultos, en el sentido que HASSEMER emplea el término “desformalizar” –advuértase que su

---

<sup>2</sup> Vid. ALCALÁ JIMÉNEZ, Miguel, “Dosier legislativo. Garantía integral del derecho a la libertad sexual”, Tirant lo Blanch, 7 de diciembre de 2022. En línea: <https://tirant.com/noticias-tirant/noticia-dossier-legislativo-derecho-libertad-sexual/> (fecha de consulta: 17/02/2023).

<sup>3</sup> Vid. CHAVES-CAROU, Marcos, “La cláusula Romeo y Julieta”, *Blog de Marcos Chaves*, 2022. En línea: <https://marcoschaves.es/blog/la-clausula-romeo-y-julieta/> (fecha de consulta: 18/01/2023).

<sup>4</sup> Vid. *Ibíd.*

<sup>5</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: Perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 41, 2021, pp. 311-312.

obra se refiere al Derecho penal alemán– , en aquellas áreas en las que la formalización –como garantía ante la forma más violenta de control social<sup>6</sup>– pudiera ser un obstáculo para el fin educativo<sup>7</sup>.

Sería toda una incoherencia que el mismo legislador penal que trata de proteger a la juventud de los efectos del Derecho penal posibilitándoles encauzar sus vidas priorizando la educación, sea el que esgrima contra ellos la espada del Derecho penal por aquellas relaciones sexuales consentidas entre similares al quedar tipificadas como consecuencia de la elevación de la edad mínima para consentirlas de los trece a los dieciséis años.

Por esta razón, junto a esta modificación de 2015, se introdujo la denominada “cláusula Romeo y Julieta” en el artículo 184 quater del Código Penal.

## **II. ¿QUÉ ES LA “CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA”?**

La “cláusula Romeo y Julieta” es una eximente en cuanto excluye la responsabilidad penal por unos delitos determinados cuando concurren circunstancias concretas entre los sujetos activo y pasivo –el menor de dieciséis años– y el libre consentimiento de este último.

No existe unanimidad doctrinal sobre la naturaleza de dicha eximente: si es una causa de atipicidad, una causa de justificación, o incluso una excusa absolutoria. Las consecuencias de una u otra opción conllevaría: considerar la conducta atípica, esto es, penalmente irrelevante, en el primer caso; reputarla como un hecho que el legislador penal quiere evitar salvo que concorra el consentimiento en los términos exigidos, convirtiéndola, así, en lícita, en el segundo caso; o valorarla como una conducta típicamente antijurídica y culpable –esto es, un delito– para la que, no obstante, se excluye su consecuencia jurídica –la pena–

---

<sup>6</sup> Vid., MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 26.

<sup>7</sup> Vid., HASSEMER, Winfried; CANCIO MELIÁ, Manuel (trad.) y MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), *¿Por qué castigar?: Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 237-238.

atendiendo a las circunstancias personales concurrentes entre los sujetos activo y pasivo, en el tercer y último supuesto.

En estas líneas se comparte el criterio doctrinal mayoritario: la “cláusula Romeo y Julieta” es una causa de atipicidad de la conducta<sup>8</sup>.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022 aquella se regulaba en el artículo 183 quater del Código Penal. Los determinados delitos eran los del Capítulo II bis, «De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», exceptuándose los de su artículo 183.2; y las circunstancias concretas, la proximidad «por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

Las conductas exceptuadas para esta eximente consistían en realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años o compelerle a participar en este tipo de actos con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo, empleando, en ambas, violencia o intimidación (anterior art. 183.2 CP)

Desde el 7 de septiembre de 2022, esta cláusula se halla en el artículo 183 bis del Código Penal. Los delitos son los tipificados en el Capítulo II, «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», exceptuándose aquellos en los que concurra alguna de las circunstancias del artículo 178.2; la regulación de la proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez se mantiene en los mismos términos anteriores.

El alcance de la reforma operada por la LO 10/2022 no se limita a la cláusula que da nombre a este trabajo, ni siquiera al texto del Código Penal. En lo relativo a este último, se reforma el Título VIII en su totalidad, que pasa a tener la rúbrica «Delitos contra la libertad sexual», eliminando de la misma la indemnidad sexual<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid., RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal)...", *cit.*, p. 313.

<sup>9</sup> No obstante, la indemnidad sexual como bien jurídico protegido sigue apareciendo en el articulado del Código Penal. Así, los arts. 57.1, 74.3, 89.4.a), 90.3, 129 bis, 132.1, 166 y 188.5 del mismo.

Por este motivo, en primer lugar, cabe preguntarse en qué delitos puede aplicarse esta eximente y cuáles quedan expresamente excluidos; continuar analizando el significado de la proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica; y finalizar con el estudio de algunas resoluciones judiciales recientes que coadyuvan a su comprensión.

### **III. ¿EN QUÉ DELITOS CABE APLICAR ESTA EXIMENTE?**

«[...] El libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo [...]». Se refiere al Capítulo II del Título VIII, «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», que comprende los artículos 181 a 183 bis.

Aunque con la reforma se ha suprimido el concepto “abusos sexuales” de la rúbrica del Capítulo II, el artículo 181.1 sigue tipificando la conducta del antiguo artículo 183.1, si bien, integrándose ahora en la categoría “agresiones sexuales”. Se incluyen los actos de carácter sexual que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor. En otras palabras, se configura como una “presunción de actos de agresión sexual”<sup>10</sup>.

El artículo 181.2 agrava la pena cuando concurra «[...] alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178 [...]». Esto es, «[...] cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento [...]» (art. 178.1 CP) y, en todo caso, «[...] los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad» (178.2 CP).

El artículo 183 bis excluye expresamente la posibilidad de aplicar la eximente que contiene cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 178.2 –«Salvo en los casos en los que concurra alguna de las circunstancias previstas en el

---

<sup>10</sup> MAGRO SERVET, Vicente, "Cuestiones comparativas de modificación...", *cit.*, p. 25.

apartado segundo del artículo 178 [...]». Esta es una de las diferencias con respecto a su regulación anterior, que sólo excluía dicha posibilidad cuando para realizar los actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años o compelerle a participar en este tipo de actos con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo, se empleare, en ambas, violencia o intimidación (antiguo art. 183 quater CP en relación con el 183.2 CP).

Según la Ley vigente sólo existe consentimiento «[...] cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 CP), y no puede presumirse por la existencia de relaciones sexuales previas<sup>11</sup>. Únicamente cabrá aplicar la “cláusula Romeo y Julieta” cuando hubiese consentimiento, pero nunca si éste no concurriese.

También podrá aplicarse si la conducta consiste en «[...] hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos [...]» (art. 182.1 CP), incluso aunque dichos actos «[...] constituyeran un delito contra la libertad sexual [...]» (art. 182.2 CP), pues lo que el legislador penal trata de evitar es la exposición del menor de dieciséis años a actos de naturaleza sexual, salvo que lo consienta en los términos del artículo 183 bis CP.

Por último, resulta aplicable, siempre que existiera consentimiento libre del menor de dieciséis años, al delito de “child grooming”, consistente en contactar con dicho menor para «[...] concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189 –delito de pornografía infantil–, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento [...]» (art. 183.1 CP); y al delito de embaucamiento de menores, consistente en contactar con aquel menor con la finalidad de engañarle «[...] para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor [...]» (art. 183.2 CP).

Respecto al delito de pornografía infantil (art. 189 CP), merece la pena matizar que se halla en el Capítulo V y no en el II. Consecuentemente, el precepto del artículo 183 bis no será aplicable a este delito, como en aquellos otros también de

---

<sup>11</sup> Vid. *Ibíd.*, p. 23.

carácter sexual, incluso de menor carga lesiva, ubicados en el Título VIII, pero no en el Capítulo II. Vicisitud criticada unánimemente por la doctrina<sup>12</sup> y que no ha sido corregida con la reforma operada.

Se considera pornografía infantil: «a) todo material que represente de manera visual a un menor [...] participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; b) toda representación de los órganos sexuales de un menor [...] con fines principalmente sexuales; c) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes; d) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales» (art. 189.1 CP).

Así pues, que una pareja de adolescentes, de quince años, por ejemplo, produzcan libre y voluntariamente consigo mismos cualquiera de los contenidos anteriores, no estarían cometiendo el tipo básico del artículo 189.1.b) –en cuanto aparecen menores de edad–, sino el agravado del artículo 189.2.a), por aparecer menores de dieciséis años.

¿No es una incoherencia? Partiendo del principio “qui potest plus, potest minus” puede criticarse que el legislador penal siga concibiendo que el menor de dieciséis años pueda consentir relaciones sexuales completas con otra persona mayor de dieciséis años próxima a aquél en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, pero no grabarlas en su teléfono móvil, por ejemplo.

Una incoherencia a la altura de considerarlo, con carácter general, incapaz de consentir libre y válidamente relaciones sexuales con anterioridad a haber alcanzado los dieciséis años, por no tener un grado de desarrollo y madurez física y psicológica adecuados y, no obstante, considerarlo lo suficientemente maduro

---

<sup>12</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal)...", *cit.*, p. 316.

como para asumir, por comprender lo disvalioso de su conducta, la responsabilidad penal desde los catorce años.

Se trata de un complejo problema dogmático que, aquí se entiende, debe resolverse en el sentido propuesto por otros autores: a favor de la autonomía de esos menores –en el inicio de la pubertad e interactuando entre similares– cuando pueda demostrarse un consentimiento válido<sup>13</sup>.

Merece la pena advertir también que el artículo 183.2 CP especifica que las imágenes pornográficas pueden ser propias del menor sujeto pasivo del delito o de otros menores de edad. En este supuesto, la víctima del delito estaría realizando la conducta típica del artículo 189.1.b) CP, pornografía infantil. No obstante, al ser un delito doloso, que no prevé su comisión imprudente, y actuar aquel menor embaucado, es decir, sin dolo; su conducta es atípica por faltar un elemento esencial del tipo.

#### **IV. ¿CUÁNDO PUEDE APLICARSE LA “CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA”?**

«[...] Cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica» (art. 183 bis CP).

Para que la “cláusula Romeo y Julieta” sea aplicable la ley requiere que, además de lo anteriormente expuesto, entre sujeto activo y sujeto pasivo exista una proximidad en edad y desarrollo o madurez física y psicológica. Son tres requisitos acumulativos.

Así pues, el Juez o Tribunal primero deberá constatar la edad de los involucrados con el fin de determinar si existe dicha proximidad. Ésta no admite interpretación pues se trata de un criterio cronológico objetivo. Puede concurrir o no. En ambos casos, el órgano jurisdiccional debe proseguir con el análisis de los requisitos

---

<sup>13</sup> Vid. DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, "El debate sobre la penalización o no del «sexting primario» entre menores: El contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de límites", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, 2017, pp. 39-90, p. 83; GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 146.

segundo y tercero, esto es, la proximidad en el desarrollo o madurez física y la proximidad en el desarrollo o madurez psicológica.

Estos dos requisitos son subjetivos y su concurrencia, o ausencia, deberá inferirse de las circunstancias concurrentes en el momento de los hechos por personal especializado –mediante peritaje– en el proceso penal. En palabras del Tribunal Supremo, consiste en un criterio biopsicosocial<sup>14</sup>.

Consecuentemente, el órgano jurisdiccional, en la determinación de la proximidad referida, empleará un criterio mixto conformado por un criterio objetivo y otro biopsicosocial.

En palabras de GONZÁLEZ AGUDELO, la edad cronológica, no puede ser por sí sola un criterio de comparación directo, pues el desarrollo personal y la madurez no se corresponden de forma simétrica con la edad biológica, por tanto, la evaluación de la correspondencia, debe hacerse, sobre todo el conjunto de circunstancias y competencias que inciden en la autonomía del niño o joven en la toma de decisiones en el ámbito sexual, incluida la edad<sup>15</sup>.

Así lo entiende también el Tribunal Supremo cuando asume el término “madurez” como lo concibe el Comité de los Derechos del Niño: «la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad cronológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño. Por ese motivo, tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso»<sup>16</sup>.

Puede darse una pareja de adolescentes próximos en edad, pero no en desarrollo o madurez física y/o psicológica. Sólo cuando concurren las tres proximidades podrá aplicarse la “cláusula Romeo y Julieta” como eximente de la responsabilidad penal. De esta forma, queda respondida la pregunta que daba título a este epígrafe.

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, las SSTS 478/2019, de 14 de octubre; 828/2021, de 29 de octubre; 626/2022, de 23 de junio; 672/2022, de 01 de julio; y 930/2022, de 30 de noviembre.

<sup>15</sup> Cfr. GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, *La sexualidad de los jóvenes...*, cit., p. 133.

<sup>16</sup> STS 750/2022, de 14 de septiembre.

No obstante, aún puede plantearse una cuestión que impide darlo por zanjado: ¿puede aplicarse cuando el grado de desarrollo o madurez sólo concurra parcialmente?

No todo es blanco o negro. Existe una gama de grises y, en ésta, debe ubicarse la respuesta. Obviamente, no podrá aplicarse como eximente en los términos anteriormente expuestos, pero sí como atenuante en aplicación del artículo 183 bis en relación con el 21.7<sup>a</sup> del Código Penal. O no, como se expone en los apartados tercero y cuarto del siguiente epígrafe.

Otro aspecto que merece atención es, en palabras de RAMOS VÁZQUEZ, el posible sesgo de los tribunales cuando ambos intervinientes en la relación sexual son de origen extranjero<sup>17</sup>, procedentes de sociedades con una cosmovisión diferente que, al entrar en contacto con la occidental, pueden llegar a producirse conflictos culturales penalmente relevantes o, en otras palabras, delitos de motivación cultural<sup>18</sup>. Sin pretender ahondar más, por exceder el fin de este trabajo, queda planteada la reflexión sobre si sería aplicable como solución, mutatis mutandis, la propuesta político-criminal realizada por quien redacta estas líneas al analizar el matrimonio forzado como delito de motivación cultural<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal)...", op. cit., pp. 339-340, 351.

<sup>18</sup> "The cultural offence is defined as the act by a member of a minority group or culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behavior and approved or even endorsed and promoted in the given situation" (VAN BROECK, Jeroen, "Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 9, 2001, p. 5).

<sup>19</sup> Vid. CHAVES-CAROU, Marcos, *Matrimonios forzados y la necesidad de un Derecho penal intercultural*, Faber & Sapiens, Madrid, 2022, pp. 87-112.

## **V. ¿CÓMO SE HA APLICADO ESTA EXIMENTE? ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES**

### **1. La STS 626/2022, de 23 de junio**

En la STS 626/2022, de 23 de junio, se absolvió al condenado en primera instancia a ocho años de prisión como «responsable en concepto de autor de un delito de abuso sexual sobre persona menor de dieciséis años con acceso carnal por vía vaginal». El Tribunal dictaminó que la relación sexual fue consentida y que el acusado conocía la edad de la menor, quince años en el momento de los hechos. No obstante, reconsidera aplicar la cláusula de asimetría del entonces artículo 183 quater del Código Penal.

Según este órgano jurisdiccional: «es obvio que el legislador de 2015 –el antiguo artículo 183 quater fue introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal– no quiso criminalizar todas las relaciones de contenido sexual que pudiera mantener, con pleno y consciente asentimiento, cualquier menor entre los trece y los dieciséis años. De hacerlo así, la nueva ley habría dado la espalda a una realidad estadística que muestra que la aceptación de una práctica sexual en esa franja de edad, en no pocos casos, es fruto de una decisión consciente y voluntaria del propio menor. Precisamente para evitar el efecto de una criminalización indiferenciada de esa clase de relaciones, el legislador situó fuera de los márgenes del tipo aquellos contactos amparados por el artículo 183 quater del Código Penal».

A pesar de que entre el acusado y la menor existe una diferencia de edad de siete años –no existía una proximidad por edad– el Tribunal estimó que el grado de desarrollo o madurez física y psicológica era similar en ambos sujetos, absolviendo al primero en aplicación, como causa de atipicidad, del antiguo artículo 183 quater del Código Penal<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. CHAVES-CAROU, Marcos, "La cláusula Romeo y Julieta"..., op. cit.

## 2. La STS 750/2022, de 14 de septiembre

La STS 750/2022, de 14 de septiembre, analiza un supuesto en el que las relaciones sexuales fueron consentidas y recurrentes en el contexto de una relación de pareja conformada por una menor de trece años y un varón de veintiuno.

Durante los encuentros sexuales, el condenado causaba lesiones de diferente índole a la menor. En el último episodio, la violencia fue de tal entidad que provocó numerosas lesiones –en su mayoría erosiones de diferente entidad–<sup>21</sup>.

Los hechos estaban sucediendo en el domicilio del varón cuando, allí, se personó la policía autonómica por un asunto relacionado con el robo de un móvil. Los agentes, al advertir los acontecimientos, identificaron a la menor y alertaron a su madre para que se hiciera cargo de ella. Ambas interpusieron denuncia contra el (ahora) condenado dando lugar al proceso penal que finaliza con esta sentencia<sup>22</sup>.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional reiteró el criterio empleado en otros pronunciamientos<sup>23</sup>, según el cual, en el ámbito de aplicación del artículo 183 quater del Código Penal (183 bis desde la reforma de la LO 10/2022) debe distinguirse en el marco de los jóvenes adultos – desde los dieciocho hasta los veinticuatro años–, atendiendo al grado de madurez, «por un lado, al mayor de dieciocho y menor de veintiuno y, por otro, al comprendido entre los veintiuno y los veinticuatro años. En este último tramo (en el que las diferencias de edad son ostensibles) las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional».

En tal sentido, el Tribunal Supremo dictaminó que ni existía proximidad por edad ni por desarrollo o madurez física y psicológica entre ambos y, consecuentemente, los actos del varón consistían en una explotación de la vulnerabilidad de la víctima que implicaba una clara situación de abuso. Por esta razón, desestimó la

---

<sup>21</sup> *Vid. Ibíd.*

<sup>22</sup> *Vid. Ibíd.*

<sup>23</sup> Por ejemplo, la STS 672/2022, de 1 de julio.

pretensión de que se apreciara la “cláusula Romeo y Julieta” alegada en el recurso de casación.

### **3. La STS 672/2022, de 1 de julio**

En lo que a la cláusula Romeo y Julieta se refiere, la STS 672/2022, de 1 de julio, descartó dotar de mayor alcance a la eximente del antiguo artículo 183 quater que se había apreciado parcialmente.

El órgano colegiado, haciendo suyos los criterios de la Fiscalía General<sup>24</sup>, complementa la categorización por franjas de edad realizada en el apartado anterior. Así, distingue entre impúberes, menores que han alcanzado la pubertad de hasta trece años, o inicio de la pubertad<sup>25</sup>, y aquellos jóvenes comprendidos entre los catorce y quince años.

En lo referente a la aplicación parcial de la eximente considera que «pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido<sup>26</sup>. La propia rúbrica del (anterior) Capítulo II bis, al referirse a “abuso” –excluyendo las conductas de agresión sexual por no obedecer a actos consensuados [...]»<sup>27</sup>–, indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación.

Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al artículo 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy

---

<sup>24</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del CP.

<sup>25</sup> *Vid.*, GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, *La sexualidad de los jóvenes...*, *cit.*, p. 134.

<sup>26</sup> Entre otras, cita las SSTS 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre.

<sup>27</sup> La reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, elimina el “abuso sexual” de la rúbrica, propiciando que el Tribunal Supremo entre a valorar de nuevo la aplicación de la cláusula “Romeo y Julieta” (ver *infra*).

calificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia del consentimiento».

#### **4. La STS 930/2022, de 30 de noviembre: “Caso Arandina”**

La reciente STS 930/2022, de 30 de noviembre, tiene especial relevancia por negar cuanto se ha afirmado en el apartado inmediatamente anterior.

Recapitulando muy sucintamente, la SAP Burgos 379/2019, de 11 de diciembre, condenó a tres varones de edades diecinueve, veintidós y veinticuatro años, por la agresión sexual grupal de una menor de quince años. Edades referidas al momento de los hechos.

La STSJ CyL 14/2020, de 18 de marzo, eximió totalmente de la responsabilidad penal al varón de diecinueve, y parcialmente a los de veintidós y veinticuatro años, precisamente, apreciando para estos últimos la atenuante analógica construida tal y como se ha expuesto al analizar la STS 672/2022, de 1 de julio. Entre esta resolución y la que se comenta en este punto tan sólo han transcurrido cinco meses y, sin embargo, ésta contradice todo lo dicho al respecto en aquella. En este intervalo temporal entró en vigor la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que integra el anterior “abuso sexual” en la actual “agresión sexual”, y, en palabras del Tribunal, «las agresiones sexuales no obedecen a actos consensuados», faltando así un elemento esencial para apreciar la cláusula “Romeo y Julieta”: el consentimiento.

Además, para el Tribunal Supremo, el texto legal ahora no prevé «un “espacio intermedio” entre la total responsabilidad y la total irresponsabilidad». El artículo 21.7 CP prevé que son circunstancias atenuantes aquellas otras circunstancias «de análoga significación que las anteriores», es decir, las ubicadas en los veinte artículos previos del Código Penal. La “cláusula Romeo y Julieta” se regula en el artículo 183 bis CP por lo que, evidentemente, no se encuentra ubicada en un precepto anterior. Y como el texto penal sólo permite

eximir totalmente de la responsabilidad penal o no hacerlo no cabe, en palabras del Tribunal, «una opción intermedia», es decir, ni atenuantes «simple ni muy cualificada».

Hacerlo constituiría «una creación jurisprudencial ex novo de una atenuante analógica que no permite “anclarla” en otra precedente sobre la que construir la “analogía”».

En base a esta argumentación, la Sala de lo Penal suprimió la aplicación de la “cláusula Romeo y Julieta” como atenuante analógica por el Tribunal de Justicia de Castilla y León.

## **VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL**

Si solo hay consentimiento en los términos dispuestos en el artículo 178.1 CP y el consentimiento es un elemento esencial para poder aplicar la “cláusula Romeo y Julieta”, y; si una agresión sexual por definición no puede ser consentida; cabe concluir que la eximente del artículo 183 bis CP no resulta aplicable a las agresiones sexuales.

Si la LO 10/2022, de 6 de septiembre, elimina del Título VIII el concepto “abuso sexual” e integra las conductas del anterior artículo 183.1 CP en la categoría de “agresión sexual”, y; si la “cláusula Romeo y Julieta” no resulta aplicable a las agresiones sexuales; cabe concluir que desde la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, esta eximente ya no podría aplicarse a supuestos que, con anterioridad a ello, sí se podía.

Atendiendo al resultado de estos silogismos, ¿nos encontramos ante una restricción del ámbito de aplicación del artículo 183 bis CP?

Una conclusión afirmativa echaría por tierra la previsión legal introducida en 2015, y mantenida en la de 2022 aunque reubicada en otro precepto, para excluir de la tipicidad penal aquellas conductas sexuales libremente consentidas cuando uno de los dos intervinientes tuviera menos de dieciséis años y el otro más de

dieciséis y menos de dieciocho, o siendo mayor de edad, tuviera una edad y un grado de desarrollo o madurez física y psicológica próximas a la del primero.

Este planteamiento parece derivar de la subsunción en una misma categoría, la agresión sexual, de conductas de diferente gravedad que atentan contra bienes jurídicos protegidos distintos: indemnidad y libertad sexuales. Así, realizar un acto sexual con un menor de dieciséis años, independientemente de que éste lo consienta o no, se considera por su ubicación sistemática en el Código Penal, agresión sexual a menor de dieciséis años.

Confusión que debe ser corregida de lege ferenda, mientras que, de lege lata, esta consecuencia, derivada de la inclusión del antiguo abuso sexual en la actual agresión sexual, no debió tener lugar en virtud del principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo (art. 2 CP) y, por ende, no debió suprimirse la atenuante analógica.

No obstante, el problema dogmático generado queda planteado para los casos que tengan lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, cuya solución, como propuesta político-criminal, por tentadora que sea, excede la finalidad de este trabajo.

Respecto al cambio de criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y atendiendo al concepto “madurez”, también cabe plantear un silogismo.

Si la definición de “madurez” aceptada por el Tribunal es la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado y dicha capacidad no va ligada de manera uniforme a la edad cronológica, y; la eximente analizada se aplica entre sujetos activo y pasivo próximos en edad y grado de madurez física y psicológica; cabe concluir que la proximidad en grado de madurez, requerida para la aplicación de la “cláusula Romeo y Julieta” podrá ser también parcial, pues ésta se adquiere de forma progresiva o, expresado en otros términos, no existe una edad a partir de la cuál de repente un sujeto adquiera la capacidad de comprensión citada como un todo.

Así pues, cuando el Tribunal afirma que no existe «un espacio intermedio entre la total responsabilidad y la total irresponsabilidad» está afirmando justamente

lo contrario a la conclusión del silogismo planteado y, con ello, altera el criterio mixto cronológico y biopsicosocial que venía empleando, otorgando mayor preponderancia al objetivo, esto es, al cronológico y, con ello, erosionando el principio de culpabilidad.

Además de que, al eliminar dicho «espacio intermedio» –por otra parte, apreciado en resoluciones previas del Tribunal Supremo– se acabará sancionado penalmente con la misma violencia conductas merecedoras de distinto reproche.

¿No atenta semejante resultado contra el principio de proporcionalidad de las penas?

Según el propio Tribunal Supremo, sí: «el principio de proporcionalidad establece la necesidad de que la pena a imponer ha de estar necesariamente en función de la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal, de tal manera que esta no resulte desproporcionada al hecho cometido. Este principio sirve de base para la graduación de las penas en el derecho penal español. La idea de lo proporcional es hasta el punto imprescindible en la graduación de las penas que se erige en principio general del Derecho penal»<sup>28</sup>.

Por último, dictamina la Sala de lo Penal que no existe «anclaje legal» para construir «ex novo» una atenuante analógica –que ya ha sido construida y aplicada por la misma Sala– haciendo una interpretación totalmente literal del término “anteriores” del artículo 21.7<sup>a</sup> CP y obviando, por otra parte, el artículo 25.1 CE y el 4 CC que proporcionan dicho anclaje legal para la analogía in bonam partem.

En conclusión, cabe inferir que, de mantenerse este nuevo criterio abrazado por el Tribunal Supremo, se restringirá el ámbito de aplicación de la “cláusula Romeo y Julieta”, traducándose, en opinión de quien redacta estas líneas, en un endurecimiento de las condenas cuando no pueda apreciarse como eximente total de la responsabilidad criminal. Comprometiéndose, con ello, los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas e, incluso, el de irretroactividad de las leyes en el supuesto concreto del “caso Arandina”. Por todo ello, se

---

<sup>28</sup> STS 404/2022, de 22 de abril.

considera más acertado el voto particular formulado por el Magistrado D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

Cabe preguntarse, ¿era este un efecto querido por el legislador penal?

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALCALÁ JIMÉNEZ, Miguel, "Dosier legislativo. Garantía integral del derecho a la libertad sexual", Tirant lo Blanch, 7 de diciembre de 2022.

CHAVES-CAROU, Marcos, *Matrimonios forzados y la necesidad de un Derecho penal intercultural*, Faber & Sapiens, Madrid, 2022.

CHAVES-CAROU, Marcos, "La cláusula Romeo y Julieta", *Blog de Marcos Chaves*, 2022. En línea: <https://marcoschaves.es/blog/la-clausula-romeo-y-julieta/> (fecha de consulta: 18/01/2023).

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, "El debate sobre la penalización o no del «sexting primario» entre menores: El contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de límites", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, 2017, pp. 39-90.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

HASSEMER, Winfried; CANCIO MELIÁ, Manuel (trad.) y MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), *¿Por qué castigar?: Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAGRO SERVET, Vicente, "Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual", *Diario La Ley*, nº 10133, Sección Doctrina, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: Perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial", *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 41, 2021, pp. 307-360.

VAN BROECK, Jeroen, "Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, nº 9, 2001.

### **APÉNDICE: JURISPRUDENCIA**

Tribunal Supremo, Sentencia 478/2019, de 14 de octubre.

Tribunal Supremo, Sentencia 828/2021, de 29 de octubre.

Tribunal Supremo, Sentencia 404/2022, de 22 de abril.

Tribunal Supremo, Sentencia 626/2022, de 23 de junio.

Tribunal Supremo, Sentencia 672/2022, de 1 de julio.

Tribunal Supremo, Sentencia 750/2022, de 14 de septiembre.

Tribunal Supremo, Sentencia 930/2022, de 30 de noviembre.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sentencia 14/2020, de 18 de marzo.

Audiencia Provincial de Burgos, Sentencia 379/2019, de 11 de diciembre.



## CAPÍTULO XXV

### Las menores víctimas del maltrato en el contexto de la violencia de género

*María Paz Herrera Rodríguez*

*Università Pegaso (ITALIA)*

**SUMARIO: I. LOS MENORES VÍCTIMAS DEL MALTRATO EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 1. Los menores y la violencia. 2. Los menores, la familia y la violencia. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 1. Ley Orgánica 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito. 2. Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. 3. Ley 26/2015 de 28 de julio de Modificación de sistema de protección a la infancia y adolescencia. 4. Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. III. MALTRATO A LOS MENORES VERSUS VIOLENCIA DE GÉNERO. IV. DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A LOS HIJAS/ HIJAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. MENORES VÍCTIMAS DEL MALTRATO EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

Hoy, conceptual y normativamente, se empieza a no considerar a los menores como sujetos ajenos al escenario de violencia en el que están inmersos, sino víctimas directas de esa violencia, aunque ésta no se ejerza contra ellos en

primera persona y que nuevas tendencias han dado en llamarla vicaria. Ya en el año 2010 el Consejo de Europa en la Resolución 1714, señaló el hecho de “ el ser testigo del maltrato a la madre es una forma de abuso psicológico sobre el menor, y ello sin entrar al hecho de que puedan ser objeto directo de esa violencia”, y es a partir de esas primeras señalizaciones cuando se centra el foco, para colocarles en el núcleo del problema en el que están sus madres; medida en todo punto necesaria, para que se pueda analizar de modo más preciso las acciones sociopolíticas, normativas y jurisprudenciales que conviene adoptar para proteger a estos sujetos particularmente vulnerables por su doble condición de menores y de víctimas de la violencia de género.

Ya en el año 2008, la psicóloga clínica Cristina BRAVO CAMPANÓN<sup>1</sup>, confirma las numerosas ocasiones en las que los menores son utilizados como medio para llegar a la mujer, y como forma de agredirla psicológicamente. Amén de que, y según es ratificado por otros autores, como José Manuel YANES<sup>2</sup> “ la observación reiterada por los hijos del maltrato a la mujer por parte de su pareja varón, tiende a perpetuar esta conducta en la siguiente generación: los niños aprenden que la violencia es un recurso eficaz y aceptable para hacer frente a las frustraciones del hogar, las niñas aprenden a su vez, que ellas deben aceptarla y vivir con ella” .

En el Documento de las Conclusiones de la Jornada de Menores Víctimas de Violencia de Género con Profesionales de 25 de septiembre de 2018, y promovido por la Federación de Mujeres Progresistas, titulado “Veo, veo... ¿Tú me Ves? Menores y Violencia de Género”<sup>3</sup>, se ratifica el hecho de que hubo que esperar hasta el año 2013, es decir pasados casi diez años desde la promulgación de la Ley Orgánica Integral contra la violencia de género (LOIVG), para que se recogieran institucionalmente la cifras de menores asesinados por la violencia de género en la pareja, y hubo que esperar más tiempo aún, hasta el año 2015, para que se

---

<sup>1</sup> Vid. BRAVO CAMPANON, Cristina, “Menores víctimas de violencia de género: experiencia de intervención en un centro de acogida para familias víctimas de la violencia de género”, *Psychosocial Intervention*, vol. 17, n° 3, 2008, pp. 337-351.

<sup>2</sup> YANES CEDRÉS, José Manuel, “Correlatos cognitivos y comportamentales de la violencia observada en los progenitores”, Tesis Doctoral defendida en la Universidad de La Laguna, 2015. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/2253> [último acceso: 24/02/2023].

<sup>3</sup> “Veo, veo... ¿tú me ves? Menores y la violencia de género”, Documento de las Conclusiones de la Jornada de Menores Víctimas de Violencia de Género con Profesionales, 25 de septiembre de 2018. Disponible en <http://www.codajic.org/sites/default/files/sites/www.codajic.org/files/Veo,%20veo...InformeConclusionesJornadaMenores.pdf> [último acceso: 24/02/2023].

avanzara en el reconocimiento general del derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a crecer en un entorno libre de violencia, y para situar a estos menores expuestos en el lugar que ha de corresponderles como sujetos activos de derechos.

A día de hoy, parece haber tenido fortuna la denominación “violencia vicaria” al relacionar el hecho de que los menores son víctimas directas de la violencia de género cuando son utilizados por el padre victimario para infligir el mayor dolor posible a su mujer /compañera y para ello hacerlo en las personas de los hijos, que en realidad son despersonalizados y meros objetos utilizados para causar daño a la madre, y en el caso más grave del asesinato, asegurarse que la mujer nunca podrá superarlo.

Y puede decirse que esta denominación de violencia vicaria se ha hecho popular, e incluso señalada por algunas resoluciones judiciales, aunque para algunos teóricos sería más ajustada la terminología “filicidio por venganza”, porque a pesar de que la mujer parecería ser el foco de la violencia, en realidad no es la única afectada, ni la única víctima y ello porque esta violencia afecta significativamente tanto a la salud mental como física de los hijos e hijas que la sufren, con un pronóstico de graves dificultades emocionales. En defensa de esta denominación se ha llegado a decir que es una forma que lleva a cabo el agresor como sustitución del sujeto pasivo de la violencia, al no poder alcanzar a la verdadera víctima<sup>4</sup>. La violencia vicaria, o la amenaza de ella, es empleada asimismo como mecanismo de coacción y control hacia la víctima adulta, que, ante el conocimiento de lo que el agresor es capaz de hacer contra el menor, se ve forzada a ceder ante las pretensiones y deseos del otro, y además, ante el miedo de una posible agresión a los hijos, la víctima adulta tiene menos opciones de denunciar, buscar ayuda o hacer algo que los ponga en riesgo<sup>5</sup>.

La Asociación para las Naciones Unidas en España (ANUE) define la violencia vicaria como la expresión más cruel de la violencia de género y consiste en

---

<sup>4</sup> Vid. PORTER, Bárbara y LÓPEZ-ANGULO, Yaranay, “Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género”, *CienciAmérica: Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamérica*, vol. 11, n° 1, 2022, pp. 11-42.

<sup>5</sup> Vid. PERAL LÓPEZ, María del Carmen, *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijos e hijas*, UMA Editorial, Málaga, 2018.

instrumentalizar a los hijos e hijas para causar el dolor a sus madres<sup>6</sup>. Este tipo de violencia es en todo caso una forma de maltrato infantil, y se ha llegado a decir que los maltratadores, y frente a los obstáculos que las leyes y la justicia ponen a su afán de dominio sobre lo que consideran de su propiedad, han encontrado una forma de continuar ejerciendo la violencia a través de la parte más vulnerable de las mujeres, que son sus hijos. Es, en definitiva, una violencia secundaria a la víctima principal que es la mujer porque “el maltratador sabe que dañar, asesinar a los hijos/as, es asegurarse que la mujer no se recuperará jamás. Es el daño extremo”<sup>7</sup>. En todo caso, la violencia contra los niños para dañar a la esposa o compañera, cualquiera que sea el nombre que se le dé, se categoriza como la más cruel de las formas de violencia contra las mujeres.

## 1. Los menores y la violencia

El concepto “infancia” o “niño”, como ocurre con otros constructos teóricos, está evolucionando constantemente a la par de cómo se desarrollan las diferentes organizaciones sociales. Es en los siglos II y III de nuestra era cuando surge un nuevo modelo de familia en donde los vínculos biológicos toman preponderancia, y donde el matrimonio comienza a ser predominante sobre otras uniones de pareja y adquiriendo la fecundidad un valor clave haciendo con ello que el rol de la descendencia pase a ser fundamental.

En el derecho romano y en la antigua Roma la familia se entiende como una institución presente en el ámbito social y jurídico, compuesta por todos aquellos que vivían bajo “la potestas del pater de familias”, y donde el parentesco natural (cognatio), fundado en la descendencia física de la mujer, carecía de valor civil, por cuanto era el reconocimiento por parte del hombre de su descendencia o de la adopción como hijos, de la descendencia ajena (agnatio), lo que determinaba la validez del parentesco.

---

<sup>6</sup> Vid. GÓMEZ RIERA, Carla, “Violencia vicaria. Cuando la violencia machista va más allá de tu persona: la pesadilla española”, publicado por la Asociación para las Naciones Unidas en España, 2021. Disponible en: <https://anue.org/es/2021/06/18/violencia-vicaria-cuando-la-violencia-machista-va-mas-alla-de-tu-persona-la-pesadilla-espanola/> [última consulta: 27/02/2023].

<sup>7</sup> PERAL LÓPEZ, *op. cit.*

En la edad Media y Moderna el modelo familiar era el de grandes familias viviendo incluso bajo el mismo techo, siendo en todo caso el varón de más edad el que dirigía el caminar familiar<sup>8</sup>. No obstante, no es hasta el siglo XVII cuando comienza a concebirse el amor como un elemento vinculado al cuidado de los hijos.

En el contexto presente, el espacio que ocupan los niños y jóvenes en las sociedades actuales, sus problemas y hasta su identidad, ha cambiado sustancialmente en especial desde la década de los años 90 del siglo pasado. Tradicionalmente – sobre todo en la gran parte del siglo XX, - la idea de niño era concebida en una doble condición, como imagen de inocencia y como proyecto de futuro, por lo que hacía necesario que la educación se construyera en función del aprovechamiento de sus potencialidades<sup>9</sup>; pero además necesitaba de la estructura social y educativa que habrían de crear los adultos que les rodeaban para permitirles superar la situación de vulnerabilidad en la que por su propia condición se encuentran.

Lo cierto es que el estudio científico de los derechos de la infancia es algo relativamente novedoso. Hasta hace relativamente poco tiempo, la infancia era tan solo el tramo necesario para llegar a la edad adulta, donde sobrevivir a este periodo vital no resultaba tarea fácil, y donde el maltrato era generalizado y categorizado como forma de educación. Lo cierto y verdad es que la aceptación del concepto del menor como sujeto de derechos es un hecho reciente, y como prueba el que la Convención de los Derechos del Niño apenas tiene treinta años, aunque no puede negarse el hecho de que “...la humanidad cambia de forma muy lenta, pero, poco a poco se va aceptando que los niños son parte de la especie humana en las mismas condiciones que los adultos y tienen los mismos derechos que estos”<sup>10</sup> y que no parece haber otra opción que defender que los malos tratos a los menores han de ser considerados como una cuestión que atañe a principios

---

<sup>8</sup> Vid. HERRERA RODRÍGUEZ, María Paz. “Nuevas Formas de Familia: la maternidad subrogada ¿divorcio entre la realidad social y su regulación?”, *Tribuna - Instituto de Derecho Iberoamericano*, 3 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/nuevas-formas-familia-la-maternidad-subrogada-divorcio-la-realidad-social-regulacion/> [última consulta: 27/02/2023].

<sup>9</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi SAU, Navarra, 2017.

<sup>10</sup> HELLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

sociales, íntimamente relacionados con valores personales y que “se maltrata a los niños porque se puede; y se puede porque la fuerza física de quien lo hace se lo permite, y también porque la sociedad lo tolera e incluso lo fomenta”.

Pero por intentar centrar el tema, deberíamos comenzar por responder a la pregunta de ¿qué se entiende por violencia contra los menores?

Como principio básico sobre el que habremos de construir el relato, es necesario subrayar que, con independencia de las percepciones individuales que sobre este concepto tengamos cada uno de nosotros, la violencia supone un atentado a los derechos de los niños, a su integridad física y moral. Y sobre esta base parecería que lo óptimo debería ser el intentar unificar las distintas concepciones existentes sobre este constructo, siendo quizás la solución más acertada el utilizar la definición establecida en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la interpretación que de este artículo realiza la Observación General Número 13 del Comité de los Derechos del Niño. Convención que a día de hoy ha sido ratificado por todos los Estados del mundo excepto EE.UU. y Sudán del Sur, por lo tanto, accesible para prácticamente todos y jurídicamente vinculante para los estados que los hayan ratificado.

La textualidad de la Observación número 13 señala como violencia contra los niños y niñas “...toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”. Esta definición cualifica las distintas formas de ejercer la violencia sobre los menores y que, en esta breve aproximación al tema, podríamos clasificarla por el tipo o forma de ejercerla, es decir, si es activa (violencia física, psicológica y/o sexual) o pasiva (negligencia o abandono tanto físico como emocional).

La OMS en el año 2020 define los abusos y la desatención como “los maltratos físicos o psicológicos, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder”. A mayor abundamiento, incluye de forma expresa “todas las formas de violencia contra los menores de 18, infringida

por sus padres o por otras personas que les cuiden, sus compañeros, sus parejas u otras personas”<sup>11</sup>.

Existe un claro sesgo al enfrentarse a este grave problema, y que es el pensar que la violencia sobre los menores solo ocurre en los estratos sociales más bajos de la sociedad, y ejercida por personas “siniestras” o con graves problemas mentales, cuando lo cierto es que, en la mayoría de los casos, las personas que infringen daños a menores son las personas de su propio entorno y perfectamente normales, son padres que dicen querer a sus hijos y buscar lo mejor para ellos. Pero además otro de los paradigmas que ha resultado falso o al menos no cierto en su totalidad, es que los malos tratos tengan su origen en el abuso de alcohol o drogas, aunque pueden tener cierta relación y ser un desencadenante. En realidad “el abusador utiliza y manipula la dependencia afectiva de su víctima que existe como consecuencia de la afiliación y de la interdependencia familiar”<sup>12</sup>. Y en este escenario, el maltrato infantil ha de observarse como un atentado a la vida del niño, y siendo la familia como núcleo fundamental y el Estado como valedor, los responsables de prevenirlo.

En el año 2016, Unicef confirma que cada 7 minutos, en algún lugar del mundo, un adolescente es asesinado en un acto violento, lo que casi da lugar a decir que existen países en los que ser un adolescente constituye de por sí una situación de riesgo. Y en el año 2020, la OMS estimaba que hasta 100 millones de niños de entre 2 y 17 años en todo el mundo fueron víctimas de abusos físicos, sexuales, emocionales o de abandono en el año 2016<sup>13</sup>, lo que va a significar graves secuelas que van a afectar a su salud y bienestar a lo largo de la vida, estableciéndose como meta de la Agenda 30 para el Desarrollo Sostenible, el “poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños”. Pese a lo desolador que puede llegar a ser el conocimiento de las cifras oficiales sobre la violencia sobre los niños y niñas, si cabe lo es más cuando se intenta abordar el estudio de la victimología infantil,

---

<sup>11</sup> Organización Mundial de la Salud, 2020. Datos disponibles en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children> [última consulta: 27/02/2023].

<sup>12</sup> BARUDY, Jorge, *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Paidós, Barcelona, 2016.

<sup>13</sup> Cfr. HILLIS, Susan, MERCY, James, AMOBI, Adago y KRESS, Howard, “Global Prevalence of Past-year Violence Against Children: A Systematic Review and Minimum Estimates”, *Pediatrics*, vol. 137, nº 3, 2016.

porque los expertos en el tema calculan que estos datos no son más que la punta del iceberg, que la cifra oculta es mucho mayor por cuanto solo de un 10 a un 20 % de los casos de maltrato infantil salen a la luz. Son “circunstancias como el miedo, la sensación de culpabilidad, los propios sentimientos ambivalentes que en el niño se dan frente al agresor, su vulnerabilidad, su corta edad, e incluso las barreras estructurales con las que se tropiezan que dan lugar al manto de silencio que les impide expresar las incluso brutalidades que sufren”<sup>14</sup>.

En el año 2019, según la memoria anual de Save the Children, se denunciaron más de 5.411 casos de violencia contra los menores, lo que supone que, si se estima que solo el 15% de los casos de violencia se denuncia, estaríamos hablando de un número de casos mucho más elevado<sup>15</sup>. Entre los años 2008 y 2020 se ha registrado un aumento del maltrato infantil claramente alarmante, calculándose un incremento del casi 300 por cien, acrecentándose, además, la duración y la gravedad de las agresiones<sup>16</sup>. Siguiendo en esta línea, y con motivo del 30 aniversario de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, Save the Children denunció que en España uno de cada cuatro niños sufre o ha sufrido violencia por parte de sus tutores legales, poniendo de manifiesto nuevamente que las denuncias solo son la punta del iceberg de las agresiones que los menores sufren en el ámbito del hogar.

La fundación Anar, en el último informe efectuado sobre la violencia en España-año 2021-, pone en datos la realidad de la violencia que afecta a niños, niñas y adolescentes a partir de las llamadas que reciben en el teléfono Anar en sus diversas líneas de ayuda. Y según estas informaciones se han atendido a 8.565 casos graves, frente a los 6.259 casos en el año 2020, lo que supone un incremento

---

<sup>14</sup> MILLAN S., GARCÍA E., HURTADO, J.A., MORILLA M. Y SEPÚLVEDA, P., “Victimología infantil”, *Cuaderno Médico Forense*, vol. 12, nº 43-44, 2006, pp. 7-19.

<sup>15</sup> Vid. MARTÍNEZ, Lucía y SANJUAN, Cristina, “Abrir puertas y levantar alfombras”, publicado en <https://www.savethechildren.es>, 23 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/abrir-puertas-y-levantar-alfombras> [última consulta: 27/02/2023].

<sup>16</sup> “Las alarmantes cifras del maltrato infantil en España”, *Instituto Superior de Estudios Sociales y Sanitarios*, 2020. Disponible en: <https://www.isesinstituto.com/noticia/las-alarmanentes-cifras-de-maltrato-infantil-en-espana#:~:text=Entre%202008%20y%202020%2C%20se.una%20gran%20diferencia%20con%202008> [última consulta: 27/02/2023].

de 36,8%, confirmándose además que, entre todas las violencias, siguen siendo las más predominantes el maltrato físico y psicológico<sup>17</sup>.

Y, según los registros publicados por el Sistema Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior, las denuncias por violencia contra los menores en el ámbito familiar han ido aumentando desde el año 2013 en el que se contabilizaron un total de 6.005, al año 2021 -último publicado- a un número de 6.422, aunque con periodos en los que ha habido menos número de denuncias como en el año 2018, que se contabilizaron 4.548. Podría decirse en todo caso que, dada la escasez de datos oficiales, no resulta sencillo evaluar las estimaciones reales del daño que sufren los menores por violencia, y de modo más concreto por violencia de género.

En todo caso, y de acuerdo con la Macroencuesta de violencia de género del 2019, llevada a cabo por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género<sup>18</sup>, puede concluirse que más del 54 por ciento de las mujeres que han sufrido violencia de cualquier pareja actual o pasada, y tenían hijos en el momento en el que ocurrieron los hechos, afirman que estos “presenciaron o escucharon los episodios de violencia... y que en un 89,6% eran menores de edad”. Y casi en un 35% han sido ellos mismos víctimas de la violencia directamente.

Por todas estas situaciones sin registrar, y todo ese silencio alrededor de las víctimas, se ha venido solicitando la necesaria elaboración de una Ley integral para la erradicación de la violencia contra los niños. Fue mediante la Ley Orgánica 8/21 de 4 de junio, por la que se promulgó la tan esperada ley de protección integral de la infancia, promoviendo, entre otras medidas, aquellas que supongan la creación de entornos seguros protectores de la infancia en los ámbitos que ésta se desenvuelve, ahondando además en la necesidad de abandonar creencias

---

<sup>17</sup> Fundación Anar, “Informe anual Teléfono/Chat Anar 2021”. Disponible en: <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2022/04/INFORME-TELEFONO-CHAT-ANAR-2021-VFINAL.pdf> [última consulta: 27/02/2023].

<sup>18</sup> Puede consultarse en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> [última consulta: 27/02/2023].

dañinas que continúan vigentes como “un buen azote evita muchos problemas”, o “quien bien te quiere te hará llorar”<sup>19</sup>.

Por último, y para dar una visión más completa del objeto de estudio, de acuerdo con los datos publicados en el informe anual del Defensor del Pueblo, en el año 2021, donde por primera vez se menciona el término “violencia vicaria”, han sido 43 las mujeres asesinadas por violencia de género, la cifra más baja que se registra desde el año 2003. Sin embargo, el año 2021 ha aumentado el número de menores asesinados por este tipo de violencia, que pasa de 3 menores en el año 2020 a 7 registrados en el año 2021, además de los 30 niños que han quedado huérfanos en este año 2021, y que de acuerdo con el Convenio de Estambul y con el artículo 1.4 de la mencionada Ley Orgánica 1/2004, son también víctimas de la violencia de género, ya que se trata de una violencia ejercida en el seno de las relaciones de pareja<sup>20</sup> y en un grupo poblacional especialmente vulnerable<sup>21</sup>.

## **2. Los menores, la familia y la violencia**

Se ha estimado en más de 800.000 niños la cifra de niñas y niños expuestos a la violencia contra la pareja en España<sup>22</sup>. Las investigaciones indican que esta población presenta, a corto y a largo plazo, dificultades emocionales y conductuales y síntomas de trauma asociados a los malos tratos contra sus madres ejercidos durante la relación de pareja y tras la finalización de esta, amén de que un porcentaje elevado también maltrato físico, psicológico y sexual<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. OLAGUIBEL, Almudena, “Violencia contra la infancia ¿una realidad silenciosa?”, Unicef España, Madrid, 2016.

<sup>20</sup> “Los niños y adolescentes en el informe anual del 2021 del Defensor del Pueblo 2021”. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/04/Ni%C3%B1os-y-adolescentes-en-el-IA-2021.pdf> [última consulta: 27/02/2023].

<sup>21</sup> Vid. VILARIÑO Manuel, SEJO Dolores, FERREIRA Paula, “Efectos del maltrato en la salud mental del menor”, *Psicología y Ley*, 2015.

<sup>22</sup> Vid. CZALBOWSKI, Sofía, *Detrás de la pared. Una mirada multidisciplinar acerca de los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2015.

<sup>23</sup> Vid. ATENCIANO JIMENEZ, Beatriz, “Menores expuestos a la violencia contra la pareja. Notas para una práctica clínica basada en la evidencia”, *Clínica y Salud*, vol. 20, nº 3, 2009. pp. 261-272.

La familia, como institución, se ha considerado históricamente un ámbito privado donde el comportamiento de sus miembros se situaba fuera del control social<sup>24</sup>. Las creencias y mitos culturales, asociados en muchos casos al sistema patriarcal, han legitimado desde tiempos remotos el poder y la dominación del marido hacia la mujer y los hijos. Siendo difícil de sostener la idea de que las niñas y los niños que viven en hogares donde hay violencia contra sus madres, pueden estar al margen de la misma, aunque se continúe frenando la protección de estos menores a favor de un proteccionismo de la relación paterno filial. Porque, y esa es una evidencia difícilmente discutible, que en las familias donde hay mujeres maltratadas siempre hay niños maltratados, y que deviene en falsa la idea de algunos progenitores de que puedan lograr mantener a sus hijos al margen de la violencia y ello porque, en el mejor de los casos, entre ambos progenitores suele existir escasa comunicación predominando el desacuerdo en la forma de educar a los hijos, siendo por ello la pauta educativa resultante deficitaria e inconsistente, e incluso contradictoria<sup>25</sup>. Ser aterrorizados por las conductas violentas y amenazantes hacia la madre, vivir en un ambiente peligroso, de miedo y hostilidad, y estar expuestos a modelos negativos de relaciones, convierten a los hijos y las hijas en víctimas de un contexto familiar inseguro, carencial y traumatizante. Por tanto, hay que considerar siempre que cuando la mujer es agredida es madre el perpetrador de violencia no solo está abusando o violentando a la mujer, sino también a los hijos e hijas<sup>26</sup>.

Es pacífica la opinión entre los clínicos e investigadores, en cuanto a los efectos de este tipo de violencia en los niños y niñas que va a tener una influencia significativa y claramente negativa en el desarrollo físico, cognitivo, emocional y social, así como en sus relaciones interpersonales y no solo durante el periodo de su niñez sino posteriormente en la edad adulta; y es indiscutida igualmente que la exposición a la violencia en la familia afecta el ajuste conductual, emocional, académico y social de los

---

<sup>24</sup> Vid. BRINGIOTTI, María Inés, “Las familias en “situaciones de riesgo” en los casos de violencia familiar y maltrato infantil”, *Texto & Contexto Enfermagem*, vol. 14, 2005, pp. 78-85.

<sup>25</sup> Vid. AGUILAR REDORTA, Dolores, “La Infancia víctima de la violencia de género”, en III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. La valoración del riesgo de las víctimas, Madrid, 2009.

<sup>26</sup> Vid. BARUDY Jorge y DANTAGNAN, Mayorie, *Violencia Cero. Prevención y apoyo psicosocial en niños y niñas expuestos a la violencia de género*, Obra Social "La Caixa", Barcelona, 2012.

niños<sup>27</sup>. Pero, además, se ha constatado, y nuevamente este es el centro del presente estudio, los menores son en numerosas ocasiones utilizados como forma de llegar a la madre, significando una forma de agredirla psicológicamente, y haciéndoles parte integrante de esa agresión, lo que a menudo va a significar que estos niños tiendan a perpetuar esta conducta en la siguiente generación<sup>28</sup>, pudiendo darse una transmisión intergeneracional de la violencia<sup>29</sup>.

Por todo ello resultó trascendental, para cualquier estudio relacionado con los menores que viven la violencia de sus madres en su entorno, y ejercida por sus padres o por los compañeros de sus madres, la promulgación de las Leyes 8/2015 y 26 /2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, y la Ley Orgánica 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito-, momento en el que, al menos sobre el papel, que no tanto en la vida diaria de los juzgados de violencia, o de familia, se ha entendido que los menores son víctimas directas de la violencia de género.

La casi unanimidad que se ha producido en los últimos años, en cuanto a que la violencia de género no produce solo la victimización de las mujeres, sino que también son víctimas los menores que viven en este contexto violento condicionado su vida tanto como las de sus madres, parece dejar sin excusas la razón para excluirlos de las políticas integrales de lucha contra la violencia de género, ni para invisibilizarlos en las normas, ni para obviarlos en los procesos judiciales, tanto en el ámbito penal como en el derecho de familia<sup>30</sup>, “porque los niños y niñas no son víctimas sólo porque sean testigos de la violencia entre sus progenitores, sino porque viven en la violencia. Son víctimas de la violencia

---

<sup>27</sup> Vid. FOWLER, Daunovise y CHANMUGAM, Amy, “A critical review of quantitative analyses of children exposed to domestic violence: Lessons for practice and research”, *Brief Treatment and Crisis Intervention*, vol. 7, n° 4, 2007, pp. 322-344.

<sup>28</sup> Vid. BRAVO CAMPANON, *op. cit.*

<sup>29</sup> Vid. MEDINA RODRÍGUEZ, Lorena y MATUD AZNAR, María Pilar, “Transmisión intergeneracional de la violencia”, en García Medina, Pablo, Bethencourt Pérez, Juan Manuel, Martín Caballero, Rita y Armas Vargas, Enrique (coord.), *Ansiedad y depresión: investigación e intervención*, Comares, Granada, 2012, pp. 269-277.

<sup>30</sup> Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 8, 2018.

psicológica, a veces también física, y crecen creyendo que la violencia es una pauta de relación normal entre las personas adultas”<sup>31</sup>.

La profundización en el fenómeno de la victimización de los menores que se ha producido en los últimos años ha supuesto distintas implicaciones legales y normativas, abriéndose además encendidos debates de los distintos agentes sociales y jurídicos en cuanto a la delimitación conceptual de la problemática, los posibles efectos y consecuencias de este tipo de violencia, así como las posibles estrategias de detección, evaluación y tratamiento para los hijos e hijas de las mujeres que sufren este tipo de lacra que supone la Violencia de Género.

Y es precisamente este reconocimiento de los efectos perjudiciales sobre los menores de esta exposición a la violencia ejercida sobre sus madres, lo que ha conllevado a la necesidad de conferirles también de un marco jurídico-normativo desde el que quede garantizada su protección, al entenderles como sujetos activos protegidos por la ley, y, precisamente por ese motivo, es por lo que se hace necesaria la coordinación entre los sistemas de protección hacia la mujer y los sistemas de protección de los derechos de la infancia; para lo que se hace imprescindible atender a la necesidad de establecer cauces e instrumentos de coordinación entre las instituciones para los profesionales intervinientes <sup>32</sup>, habiéndose acreditado en la mayoría de los estudios y propuestas la necesidad de ir más allá de las medidas destinadas a garantizar la seguridad del menor debiéndose incluir también una intervención psicológica que le ayude a expresar sus sentimientos y pensamientos respecto a la violencia a la que han estado expuesto”<sup>33</sup>.

En España, y según datos de la Delegación del Gobierno para la violencia de género, han sido 48 los menores víctimas mortales de este tipo de violencia, al ser asesinados por sus padres o por los compañeros de sus madres desde el 1 de enero del 2013, primer año del que se dispone información, al 31 de diciembre del 2022.

---

<sup>31</sup> Vid. AYLLON ALONSO, Elena (coord.), “En la violencia de género no hay una sola víctima”, Informe presentado por Save the Children, febrero 2011.

<sup>32</sup> Vid. MESA RAYA, M<sup>a</sup> Carmen (dir.), “Una mirada hacia los hijos e hijas expuestos a situaciones de violencia de género. Orientaciones para la intervención desde los servicios sociales en Aragón”, *Instituto Aragonés de la Mujer*, Zaragoza, 2021.

<sup>33</sup> DÍAZ-AGUADO, María José, MARTÍNEZ ARIAS, Rosario y MARTÍN BABARRO, Javier, “Menores y violencia de género”, *Gobierno de España Ministerio de Igualdad*, Madrid, 2020.

La mayoría de ellos eran menores de ocho años, incluso aunque no contabilizado un no nacido al ser asesinada la madre en avanzado estado de gestación. Estas cifras oficiales son sensiblemente inferiores a las publicadas por la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas, según las cuales son 131 los menores sido asesinados por sus padres, parejas o exparejas de sus madres desde el año 2000 a 2022<sup>34</sup> y resulta demoledor solo poder llegar a intuir que la causa sea el hacer daño, ahí donde más puede doler a una mujer, en la persona de sus hijos. En todo caso, sean unas u otras las cifras, no parecen dar una idea suficientemente exacta de la magnitud del problema, lo que ha llevado aparejado que el abordaje de las consecuencias que la exposición a la violencia de género tiene sobre los menores no ha sido considerado prioritario, llegando a referirse a ellos como “Las víctimas invisibles de la violencia de género”<sup>35</sup>.

## **II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

Se podría decir que los hitos más importantes en el cambio de paradigma de entender a los menores que viven en un entorno de violencia, como víctimas directas de ésta, se producen a lo largo del año 2015, desarrollado después por el Pacto contra la Violencia del 2017, y finalmente con la tan esperada ley del año 2021.

---

<sup>34</sup> Datos disponibles en <https://www.separadasydivorciadas.org//estadisticas/vg-menores>. [última visita: 15/01/2023].

<sup>35</sup> REYES CANO, Paula, “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Menores y Derecho*, vol. 49, 2015, pp. 181-217.

## **1. Ley Orgánica 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito**

Se ha dicho que el Estatuto de la víctima nació en línea con la normativa europea, pero también, y sobre todo, con las demandas planteadas por la sociedad civil, y con el expreso deseo de reconocer expresamente la dignidad del perjudicado por el delito, de la defensa de sus bienes materiales y morales; reuniéndose en un solo texto el catálogo de derechos procesales y extraprocesales de la víctima, distinguiendo además los casos de colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, a los que se pretendía una protección especial, a través de la transposición de Directivas Europeas. Se llegó a decir que este texto legal, y la Directiva 2012/29/UE, pertenecen a un modelo que persigue, más que la averiguación de la verdad, el evitar los daños irreparables a la víctima<sup>36</sup>. En su Preámbulo, la Ley deja clara que su finalidad, que es poder ofrecer una respuesta lo más amplia posible a las víctimas aun cuando no se trata de una ley integral de la víctima del delito, y así la remisión del artículo 3.2, que supone dejar subsistentes los derechos que, de forma más amplia y pormenorizada, se encontraban reconocidos en las leyes preexistentes<sup>37</sup>. En todo caso, no parece haber dudas en cuanto a que la ley supuso un avance a la hora de compilar y sistematizar buena parte de ellos<sup>38</sup>.

Desde la publicación de la Ley del Estatuto de la Víctima, los menores que vivan en un entorno de violencia de género y doméstica se considerarán víctimas y, por tanto, se les habrá de garantizar el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como las medidas de protección. En su artículo 10 afirma “que los hijos menores y lo menores sujetos a tutela guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica, tendrán

---

<sup>36</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIRIARTE, Carolina, “La protección de las víctimas en el proceso penal; consideraciones generales e instrumentos de protección”, en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 168-240.

<sup>37</sup> Vid. CARRASCO ANDRINO Mar, “Justicia restaurativa: posibilidades a la luz del Estatuto de la Víctima” en MOYA FUENTES María del Mar (coord.), *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 249-291.

<sup>38</sup> Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, “Los Derechos de la Víctima en la Ley 4/2015, de 27 de abril. Origen, alcance y contenido más relevante”, *Cadernos de Dereito Actual*, nº 12, 2019, pp. 443-462.

derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley”.

Por tanto, y esta es para este estudio una modificación sustancial, comienza a admitirse el que se consideran expuestos a violencia de género en su ámbito familiar a todos los menores que viven en un hogar donde su padre o el compañero de su madre utiliza cualquier tipo de violencia contra la mujer. Estos niños son víctimas porque presencian actos violentos, escuchan golpes, ven las marcas que dejan la agresión, perciben el miedo y el estrés en la mirada de la madre y están inmersos en el ciclo de violencia. Supone, en definitiva, el ver sufrir a quien se quiere, siendo, si cabe, más doloroso el hecho cuando el agresor es el padre. Ello con independencia de que, en los hogares donde impera la violencia, los hijos presentan 15 veces mayor probabilidad de padecer maltrato físico, abusos sexuales, y negligencia que en los hogares no violentos.

Podría decirse que el Estatuto de la Víctima ha significado el cumplimiento del objetivo de ordenar los derechos mínimos comunes a todas las víctimas del delito, y entre esos mínimos se encuentra una mayor preocupación por la asistencia y protección a la víctima, y que queda puesto de manifiesto, no solo en la ampliación de la condición de víctima a quien lo sea por un delito cometido en España o que pueda ser perseguido en España, y a nuevos afectados que no habían sido considerados como tales en la normativa previamente existente, como son los hijos menores víctimas de la violencia de género o de personas víctimas de la violencia doméstica.

## **2. Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia**

En el mes de julio del 2015 entraron en vigor dos importantes leyes en materia de protección de menores, la Ley Orgánica 8/2015 de protección a la infancia y adolescencia y la Ley 26 /2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. El hecho de que la reforma se hubiese llevado a cabo a través de dos normas –en vez de no unificarlas en una sola– se debió a la sustancial diferencia en las materias que por ellas son abordadas. Así, mientras

la primera regula derechos fundamentales, - de ahí el hecho de tratarse de una Ley Orgánica-, la segunda recoge cuestiones diferentes a esos derechos<sup>39</sup>.

Esta modificación, desde el ámbito jurídico, supuso “una evolución y un cambio sustancial en la forma de concebir la capacidad jurídica del niño, que pasa a modularse en función de su desarrollo y grado de autonomía”<sup>40</sup>. Se cambia el enfoque tradicional del menor, entendido como sujeto de derechos, desde un papel eminentemente pasivo receptor de cuidados por parte de adultos, a pasar a reconocerlos como verdaderos protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisiones. Bien es cierto que cuando se promulgó la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género se tuvo en cuenta por el legislador la vulnerabilidad en la que se encontraban los hijos e hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género, y así el artículo 19.5 se confirmó que “también tendrán derecho a la asistencia social integral través de estos servicios sociales.... los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida. A estos efectos, los servicios sociales deberán contar con el personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos o físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existen violencia de género”. Esta normativa, supuso un gran avance, pero no agotó las necesidades de protección, seguridad y asistencia de estos menores<sup>41</sup>.

La ley Orgánica 8/2015 de 22 de Modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia, en su disposición final tercera, modifica algunos artículos de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, con el objeto de integrar a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja, como víctimas directas de estos ilícitos penales. Así, el artículo 1.2, incardinado dentro del título preliminar de la Ley Orgánica

---

<sup>39</sup> Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015, pp. 198-206.

<sup>40</sup> NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015, pp. 117-160.

<sup>41</sup> YUGUEROS GARCÍA, Antonio Jesús, “La protección de los menores víctimas de la violencia de género en España”, *APOSTA Revista de Ciencias Sociales*, 2016, pp. 38-52.

del año 2004, establece que “Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a tutela o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

Con la nueva legislación, uno de los aspectos fundamentales en referencia al presente estudio, fue que, a partir de esta ley, los menores son considerados víctimas directas, debido a que su inclusión como tal en el artículo 1 de la Ley del 2004. Se trató de una de las apuestas más relevantes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a la vista de los datos de los menores huérfanos y menores asesinados.

### **3. Ley 26/2015 de 28 de julio de Modificación de sistema de protección a la infancia y adolescencia**

Ya en las observaciones finales del Comité de Derechos del Niño, de 1 de Octubre del 2010, sobre los informes presentados por el Estado Español, hay un reconocimiento expreso a los avances que se habían realizado en los años anteriores en la legislación interna, aunque se sigue señalando la necesidad de enfatizar algunos aspectos que venían a incidir en la falta de coordinación entre las instituciones de diferentes comunidades autónomas, y su traducción en la falta de datos estadísticos fiables y globales sobre la realidad de los niños, niñas y adolescentes en España.

Y es en esta línea, que la Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, representó un paso importante, que vino a completarse años después con el Pacto de Estado contra la violencia de género, suscrito en diciembre del 2017 por los grupos parlamentarios, las comunidades autónomas y las entidades locales representadas por la Federación Española de Municipios y Provincias, lo que vino a significar la necesidad de involucrar a las instituciones y organizaciones de distintos ámbitos sociales, en un fenómeno que ya no podía negarse: la violencia de género y en los menores.

La Ley 26/2015 de 28 de julio, con el fin de conseguir la mejora de los instrumentos de protección jurídica de la infancia y adolescencia, acomete una importante reforma del sistema público de protección de menores. Para ello, se refuerza la posición del menor frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores<sup>42</sup>; asumiendo la necesidad de introducir los cambios jurídicos y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>43</sup>.

Pero hay otras modificaciones muy importantes, como la del artículo 154 del CC, en el que se regula la institución jurídica de la patria potestad. Así “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad como responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos ya su integridad física y mental...”. El cambio responde a las propuestas y observaciones formuladas por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en referencia a la necesidad de adoptar nuevos paradigmas que se alejen de enfoques que perciban al niño como objetos que necesiten asistencia más que como personas titulares de derechos<sup>44</sup>.

Por lo que podría decirse que estas reformas legislativas no han supuesto, en realidad, una mayor protección para las menores víctimas de la violencia de género, ya que no han conseguido el objetivo pretendido; es más, lo que se produce en muchos casos es una contradicción entre la norma cuando reconoce la violencia de género como una forma de violencia ejercida hacia los niños, las niñas y adolescentes y, por otro lado, una casi nula protección para quien la sufre.

---

<sup>42</sup> Vid. ANGOSTO SAEZ, José Fulgencio, “El Sistema de protección de la infancia y la adolescencia en el ordenamiento jurídico español”, en AA.VV., *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 203-226.

<sup>43</sup> Vid. DOMÍNGUEZ ESTEVE, Carolina, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo: análisis crítico de las últimas reformas”, Trabajo de Fin Máster del Título Propio de la Universidad de Salamanca “Máster en acceso a la abogacía” Curso 2015-2017, disponible en <https://gredos.usal.es/handle/10366/132677> [última visita: 27/02/2023].

<sup>44</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

#### **4. Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**

La Ley Orgánica enfatiza la lucha contra la violencia en la infancia y adolescencia, como un imperativo de los derechos humanos, reconociendo al menor como titular de derechos; lo que significa definitivamente el cambio de paradigma iniciado años antes, y que hace posible la superación del tradicional enfoque basado en las necesidades, propio de un sistema asistencial, para abrazar la asunción del derecho de los menores a intervenir en todas aquellas decisiones que les puedan afectar de forma directa o indirecta, buscando con ello que traspasen la frontera de ser meros receptores de ayudas en función de las distintas coyunturas políticas, y disponibilidad de recursos<sup>45</sup>.

Siguiendo la estela de las Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero y la Ley 8/2015 de 22 de julio, se hace una interpretación de los derechos de los niños a la luz de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española, y de los tratados internacionales que han venido siendo suscritos por el Estado Español en la materia. “Pero también se tiene muy en cuenta la normativa de la Unión Europea a través de lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de Lisboa. En el marco del Consejo de Europa se citan, entre otros, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual- el llamado Convenio de Lanzarote-; el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica – Convenio de Estambul-, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; además de incluir en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) un llamamiento a todos los estados miembros para erradicar toda la forma de castigo físico sobre la infancia”<sup>46</sup>.

En definitiva, esta nueva Ley supone un paso más en la articulación de instrumentos nacionales destinados al reconocimiento de los derechos de los

---

<sup>45</sup> Vid. MARTÍNEZ, Clara y ESCORIAL, Almudena, “Guía sobre la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, Plataforma de Infancia, Cátedra de los Derechos del Niño de la Universidad Pontificia Comillas/Proyecto Holistic, Madrid, 2021.

<sup>46</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Ricardo, “Modificaciones operadas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor por la Ley Orgánica 8/21 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 32, 2021, pp. 45-55.

niños, y de la tutela de este colectivo y que gravitan sobre lo dispuesto en los artículos 20.4 y 39 de la Constitución y se avanza en el camino de la protección los niños frente a la violencia, teniendo como objeto, según se dispone en su artículo 1.1 “garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolle su vida.”

En el orden civil se introducen dos modificaciones que dan cobertura después a las medidas cautelares y definitivas que contempla el Código Penal, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En primer lugar, y en consonancia con las peticiones de numerosos agentes social, se niega en el artículo 92.7 la procedencia de la custodia compartida entre los progenitores en aquellos procesos de ruptura de la unidad familiar, “cuando alguno de los progenitores se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”. Los casos en los que se niega la posibilidad de la guarda compartida se amplían a supuestos en los “... cuando el juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas...la existencia de indicios de violencia doméstica o de género” Lo que hace surgir dudas por lo que pueda tener de subjetiva la decisión judicial.

Igualmente, se prevén otras medidas de protección del menor en los supuestos de violencia que pueden proyectarse a los supuestos de violencia de género, y que suponen una modificación de las facultades de los padres en relación a los derechos- deberes de la patria potestad; así, se modifica lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, estipulándose la medida de alejamiento a la persona de los menores por parte de los progenitores, tutores y otros parientes, así como terceras personas; incluyéndose también la medida de prohibición de comunicación con el menor, para las mismas personas y siempre y en ambos casos bajo criterios de proporcionalidad.

Pero también, y ello supone una absoluta novedad tanto en la práctica judicial y forense como en los principios teóricos sobre los que se sustenta, la posibilidad de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el de la guarda y custodia, si se entiende necesario el apartar al menor de un peligro o perjuicio en su entorno familiar o social. Suspensión que se prevé igualmente en referencia al régimen de visitas y de comunicaciones establecidas en resolución judicial o en convenio judicialmente aprobado<sup>47</sup>. Importante es la ampliación que se efectúa en referencia a la Orden de Protección, prevista en el apartado 6 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto las medidas penales, ya no solo van a intentar la protección de la víctima, sino también de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, lo que de alguna forma supone una continuidad con lo previsto en las modificaciones efectuadas en el año 2015.

Nuevamente, y en posiblemente en base a la presión social, se determina en el artículo 140 bis punto 2 del Código Penal, como pena principal e imperativa para el reo de los delitos de homicidio y asesinato, la privación de la patria potestad en dos supuestos: cuando el autor y la víctima tengan un hijo común, y/o cuando la víctima es precisamente el hijo o la hija del autor, estableciéndose, además, en este caso, que la medida se impondrá respecto de los otros hijos que pudieran existir. Esta norma, que parece ser taxativa en la protección de los menores en los supuestos señalados, olvida los supuestos en los que la víctima directa del delito es el propio hijo, a través de una forma imperfecta de ejecución, o de actos preparatorios punibles. De encontrarnos ante ese supuesto, y siendo éste menor de edad, la aplicación de este tipo de pena habrá que llegarse a través de las reglas de las penas accesorias de los artículos 55 y 58 del Código Penal.

La modificación operada en cuanto a la aplicación preceptiva para los tribunales, como pena accesoria en las resoluciones condenatorias por los delito de homicidio o asesinato consumado o en grado de tentativa cuando la víctima del delito sea un menor de edad, y a diferencia de la legislación anterior, otorga mayor seguridad jurídica al no estar sujeta a criterios subjetivos del órgano

---

<sup>47</sup> Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, Marta María, “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, *La Ley*, nº 9902, 2021, p. 5.

sentenciador, lo que por otra parte no hace más que seguir la doctrina jurisprudencial más reciente de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Insistiendo, en todo caso, en la laguna existente en los supuestos en los que la víctima es el hijo y el delito lo es en una forma de ejecución imperfecta.

Por último, resulta novedoso la modificación efectuada del artículo 57 del Código Penal, en el que se regula la aplicación de las penas de alejamiento, y donde se añade entre los delitos en los que de forma imperativa o facultativa se vinculan esas penas, añadiendo los delitos contra las relaciones familiares.

Las modificaciones llevadas a cabo en el periplo legislativo 2015-2021, ha sido de calado... “sobre el papel”. La práctica forense sigue primando en muchos supuestos la vigencia de las relaciones paternofiliales, frente a la protección de los menores víctima de la violencia de género.

### **III. MALTRATO A LOS MENORES VERSUS VIOLENCIA DE GÉNERO**

Hasta el año 2015, la protección que se le ofrecía a la mujer víctima de esta clase de violencia a manos de quien o hubiera sido su esposo o compañero sentimental-aún sin convivencia-, y la que se ofrecía a las personas especialmente vulnerables que convivían con el autor, no era la misma, en la medida en que en el primer caso se trataba de una protección iure et de iure, mientras que, en el segundo, solo era iuris tantum, “pues hay que someter a prueba la espacial vulnerabilidad de la víctima”.

La Sentencia del tribunal supremo, sala de lo Penal de 20 de diciembre del 2018, aseveró que “los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de la relación de afectividad de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o intencionalidad”, considerándose “...agravada la pena en los nuevos delitos de maltrato singular, amenazas leves y coacciones leves, si el delito se perpetra en presencia de menores..” que convivan con el agresor o que se encuentren sujetos

a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho<sup>48</sup>. Parece evidenciarse entonces, que, aunque en la Ley de Violencia de Género, se mencionaba en su exposición de motivos la necesidad de proteger al menor en supuestos de violencia de género, esta normativa estaba pensada para la protección de la mujer y no del menor<sup>49</sup>. En todo caso, la figura del menor comienza a tener visibilidad, aunque de la mano de la madre víctima, en las resoluciones del alto tribunal.

En este mismo sentido, resulta trascendental por marcar una doctrina entonces pionera, la Sentencia de TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO PENAL NÚMERO 188/2018 de 18 de abril, en la que “ la presencia de los hijos e hijas en episodio de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo ello se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia. Es en esta sentencia, y las posteriores que ratifican la doctrina, donde los hijos de mujeres maltratadas tienen un lugar definido y definitivo en el contexto de la violencia.

Como conclusión puede decirse que los Tribunales han venido aceptando, de modo mayoritario, el agravamiento de la pena si el delito de maltrato se perpetra en presencia de los menores, de acuerdo al apartado 3 del artículo 153, intentando proteger a las personas relacionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, y en referencia a los menores aquellos integrados en el entorno familiar y educativo ( ..., o sobre descendientes, ascendientes hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se

---

<sup>48</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal” en Villacampa Estiriarte, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 87-162.

<sup>49</sup> Vid. CASADO CASADO, Beatriz, “Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género”, *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 28, 2019, pp. 80-113.

hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar..). De modo que, aunque no lo diga el precepto, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido. Por tanto, si la sola presencia de los menores agrava la pena, qué decir de aquellos casos en los que los hijos son agredidos y/o asesinados, como forma de dañar a las madres, en un entorno de violencia de género.

La Sentencia de Tribunal Supremo 478/ 2021 de 2 de junio, confirma el reconocimiento de la agravación del delito previsto en el artículo 153 del Código Penal, por perpetrarse en presencia de menores “...al significar para estos una experiencia traumática, que produce la destrucción de sus bases de seguridad, dejándoles a merced de sentimientos de inseguridad, miedo o permanente ansiedad, que puede llegar a ser paralizante”... y reiterando las consecuencias negativas para el desarrollo del menor, y confirma la interiorización de los estereotipos de género y justificación de la violencia. Confirma igualmente que el motivo de la agravación de la pena cuando el delito se perpetúe en presencia de menores es “evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico.... pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de los derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo”. Y del mismo modo ratifica la doctrina iniciada por la sentencia 188/2018, a entender que no se agrava la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido.

#### **IV. DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A LOS HIJAS/ HIJAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. CONCLUSIONES**

La violencia de género deja rubricado el poder y dominio sobre la mujer y significa la mayor expresión de una situación estructural de desigualdad de los hombres sobre las mujeres. Porque este tipo de violencia, que se basa en el género, y que

es ejercida por quienes ostentan el poder y padecida por quienes se hayan en una posición de subordinación, las mujeres, intenta colocar a la mujer en una situación de subordinación y sumisión; y en el proceso que se ha venido siguiendo en las últimas décadas de erradicar esta lacra, y aunque no a la par, ha comenzado a hacerse notar la necesidad versus obligatoriedad de incluir de algún modo a los hijos e hijas víctimas en el ámbito de protección contra el victimario. Ya en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se incluyó por primera vez a estos menores hijos e hijas de las mujeres que sufren este tipo de violencia, reconociendo que estas situaciones les afectan.

Es de hacer notar que nuestra Constitución obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, al mismo tiempo que proclama que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, lo que hace que en nuestro país exista una sólida legislación de protección de los menores que ha de enmarcarse, como resultado de la propia Carta Magna y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Puede, por tanto, afirmarse que el victimario, y en relación con la violencia de género sobre los menores, se viene ejerciendo, utilizándoles como forma de herir y amedrentar a la madre durante la vida en común, perpetuando situaciones de dominio sobre la mujer. Y en los momentos posteriores, una vez producida la separación de la pareja, siendo utilizados como arma arrojadiza, bien a través del régimen de visitas o incluso, y es relativamente frecuente, utilizando la pensión alimenticia como un modo de presionar y castigar a la mujer y, consecuentemente, también a sus hijos<sup>50</sup>. Es este tipo de violencia donde se ha venido encuadrando el concepto vicario, con el que se quiere hacer referencia a la sustitución o reemplazo de un individuo – los hijos-, por otro – la mujer- en el ejercicio de una función o de una situación. En referencia a la violencia, sería aquella situación que se va a llevar a efecto algún tipo de agresión sobre una persona bien en sustitución

---

<sup>50</sup> *Vid.* RUIZ RUIZ, María Rosa, “Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia”, *Revista de Derecho de la UNED*, vol. 15, pp. 521-545.

de otra, siendo esta primera el verdadero objetivo o de manera colateral<sup>51</sup>. En los casos más graves la violencia vicaria puede llegar al asesinato de los hijos por dañar a la madre.

Como víctimas, los menores han de ser protegidos y sus madres han de encontrar a su vez protección frente a la instrumentalización de los menores para ejercer la violencia contra ellas. Así lo ratifica el informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género, porque “si ha sido difícil y aún no se ha acabado de explicar y concienciar lo que es la violencia de género, su génesis, indicadores y detectores, mucho más lo es entrar en el mundo de la infancia, donde los bloqueos emocionales sociales son mucho más grandes”<sup>52</sup>. Y teniendo en cuenta que el maltrato y el abuso infantil, dadas sus complejidades y variaciones, no podrá ser evitado y en su caso sanado si no se ataca desde los distintos enfoques que impliquen la intervención de todos los recursos sociales, médicos, e incluso jurídicos, en un modo de trabajar colectivamente para poder en un futuro controlar un problema de múltiples facetas de una forma efectiva. Pero, además, es necesario la creación de programas sobre la crianza y atención familiar, con especial atención en la prevención y detección temprana y, por último, un compromiso de los agentes sociales para intentar cambiar una ideología machista y centrada en los adultos.

Y debería ser imprescindible, en aras a la protección de los menores, que se individualicen las medidas en cuanto a los hijos, porque ahora claramente resultan insuficientes, por cuanto y aunque son considerados como víctimas de la violencia de género desde el año 2015, las medidas de las que gozan son únicamente las asignadas a sus madres, y ello tiene consecuencias penales y procesales, por cuanto sus derechos como víctimas quedan obviados en supuestos en los que la madre no inicia un proceso penal por violencia de género, o

---

<sup>51</sup> Vid. CASTILLERO MINENZA, Oscar, “¿Qué es la violencia vicaria? Causas y síntomas”, en *Psicología y Mente*, 7 de febrero de 2019, disponible en <https://psicologiymente.net/forense/violencia-vicaria> [última visita 23/02/2023].

<sup>52</sup> AGUILAR REDORTA, María Dolores, NOGUEROLLES, Victoria, FERNÁNDEZ DOYAGUE, Amalia y CERRO ALONSO, Esther, “Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género”, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2011.

habiéndolo iniciado es sobreeséido, o se retira la denuncia por parte de la madre, o no se obtienen las medidas de protección y seguridad solicitadas.

La violencia de género, y en palabras de Miguel LORENTE, cuando se refiere a la forma más dañina de maltrato a la mujer, que es el dañar o matar a los hijos “el objetivo es dominar a la mujer, para mantener el control. Le hace daño a ella a través de ellos. No matan a los niños por ser niños, los matan porque hay una madre alrededor. El homicidio es parte de la violencia contra la mujer...”<sup>53</sup>. Y por ello afirma de modo categórico que “... un maltratador siempre es un mal padre, y por ello la apuesta por no concederle derecho de visita a los padres condenados por violencia de género; no es más que una prevención para recuperar a los menores de la violencia sufrida y evitar que un hombre siga ejerciendo violencia contra la mujer”<sup>54</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal” en Villacampa Estiriarte, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 87-162.

AGUILAR REDORTA, Dolores, “La Infancia víctima de la violencia de género”, en III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. La valoración del riesgo de las víctimas, Madrid, 2009.

AGUILAR REDORTA, María Dolores, NOGUEROLES, Victoria, FERNÁNDEZ DOYAGUE, Amalia y CERRO ALONSO, Esther, “Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género”, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2011.

ANGOSTO SAEZ, José Fulgencio, “El Sistema de protección de la infancia y la adolescencia en el ordenamiento jurídico español”, en AA.VV., *Protección Civil y*

---

<sup>53</sup> LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal. Agresiones a la mujer: realidades y mitos*, Editorial Brooket, Barcelona, 2012.

<sup>54</sup> Ídem.

*Penal de los Menores y de las Personas Mayores vulnerables en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 203-226.

ATENCIANO JIMENEZ, Beatriz, “Menores expuestos a la violencia contra la pareja. Notas para una práctica clínica basada en la evidencia”, *Clínica y Salud*, vol. 20, nº 3, 2009, pp. 261-272.

AYLLON ALONSO, Elena (coord.), “En la violencia de género no hay una sola víctima”, Informe presentado por Save the Children, febrero 2011.

BARUDY Jorge y DANTAGNAN, Mayorie, *Violencia Cero. Prevención y apoyo psicosocial en niños y niñas expuestos a la violencia de género*, Obra Social "La Caixa", Barcelona, 2012.

BARUDY, Jorge, *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Paidós, Barcelona, 2016.

BRAVO CAMPANON, Cristina, “Menores víctimas de violencia de género: experiencia de intervención en un centro de acogida para familias víctimas de la violencia de género”, *Psychosocial Intervention*, vol. 17, nº 3, 2008, pp. 337-351.

BRINGIOTTI, María Inés, “Las familias en “situaciones de riesgo” en los casos de violencia familiar y maltrato infantil”, *Texto & Contexto Enfermagem*, vol. 14, 2005, pp. 78-85.

CARRASCO ANDRINO Mar, “Justicia restaurativa: posibilidades a la luz del Estatuto de la Víctima” en MOYA FUENTES María del Mar (coord.), *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 249-291.

CASADO CASADO, Beatriz, “Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género”, *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 28, 2019, pp. 80-113.

CASTILLERO MINENZA, Oscar, “¿Qué es la violencia vicaria? Causas y síntomas”, en *Psicología y Mente*, 7 de febrero de 2019, disponible en <https://psicologiymente.net/forense/violencia-vicaria> [última visita 23/02/2023].

CZALBOWSKI, Sofia, *Detrás de la pared. Una mirada multidisciplinar acerca de los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2015.

DÍAZ-AGUADO, María José, MARTÍNEZ ARIAS, Rosario y MARTÍN BABARRO, Javier, “Menores y violencia de género”, *Gobierno de España Ministerio de Igualdad*, Madrid, 2020.

DOMÍNGUEZ ESTEVE, Carolina, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo: análisis crítico de las últimas reformas”, Trabajo de Fin Máster del Título Propio de la Universidad de Salamanca "Máster en acceso a la abogacía" Curso 2015-2017, disponible en <https://gedos.usal.es/handle/10366/132677> [última visita: 27/02/2023].

FOWLER, Daunovise y CHANMUGAM, Amy, “A critical review of quantitative analyses of children exposed to domestic violence: Lessons for practice and research”, *Brief Treatment and Crisis Intervention*, vol. 7, nº 4, 2007, pp. 322-344.

Fundación Anar, “Informe anual Teléfono/Chat Anar 2021”. Disponible en: <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2022/04/INFORME-TELEFONO-CHAT-ANAR-2021-VFINAL.pdf> [última consulta: 27/02/2023].

GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, “Los Derechos de la Víctima en la Ley 4/2015, de 27 de abril. Origen, alcance y contenido más relevante”, *Cadernos de Dereito Actual*, nº 12, 2019, pp. 443-462.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2018.

GÓMEZ RIERA, Carla, “Violencia vicaria. Cuando la violencia machista va más allá de tu persona: la pesadilla española”, publicado por la Asociación para las Naciones Unidas en España, 2021. Disponible en: <https://anue.org/es/2021/06/18/violencia-vicaria-cuando-la-violencia-machista-va-mas-alla-de-tu-persona-la-pesadilla-espanola/> [última consulta: 27/02/2023].

GONZÁLEZ TASCÓN, Marta María, “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, *La Ley*, nº 9902, 2021, p. 5.

HELLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

HERRERA RODRÍGUEZ, María Paz. “Nuevas Formas de Familia: la maternidad subrogada ¿divorcio entre la realidad social y su regulación?”, *Tribuna - Instituto de Derecho Iberoamericano*, 3 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/nuevas-formas-familia-la-maternidad-subrogada-divorcio-la-realidad-social-regulacion/> [última consulta: 27/02/2023].

HILLIS, Susan, MERCY, James, AMOBI, Adago y KRESS, Howard, “Global Prevalence of Past-year Violence Against Children: A Systematic Review and Minimum Estimates”, *Pediatrics*, vol. 137, nº 3, 2016.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

“Las alarmantes cifras del maltrato infantil en España”, *Instituto Superior de Estudios Sociales y Sanitarios*, 2020. Disponible en: <https://www.isesinstituto.com/noticia/las-alarmantes-cifras-de-maltrato-infantil-en-espana#:~:text=Entre%202008%20y%202020%2C%20se,una%20gran%20diferencia%20con%202008> [última consulta: 27/02/2023].

LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal. Agresiones a la mujer: realidades y mitos*, Editorial Brooket, Barcelona, 2012.

“Los niños y adolescentes en el informe anual del 2021 del Defensor del Pueblo 2021”. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/04/Ni%C3%B1os-y-adolescentes-en-el-IA-2021.pdf> [última consulta: 27/02/2023].

MARTÍNEZ CALVO, Javier, “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015, pp. 198-206.

MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi SAU, Navarra, 2017.

MARTÍNEZ, Clara y ESCORIAL, Almudena, “Guía sobre la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, Plataforma de Infancia, Cátedra de los Derechos del Niño de la Universidad Pontificia Comillas/Proyecto Holistic, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ, Lucía y SANJUAN, Cristina, “Abrir puertas y levantar alfombras”, publicado en <https://www.savethechildren.es>, 23 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/abrir-puertas-y-levantar-alfombras> [última consulta: 27/02/2023].

MEDINA RODRÍGUEZ, Lorena y MATUD AZNAR, María Pilar, “Transmisión intergeneracional de la violencia”, en García Medina, Pablo, Bethencourt Pérez, Juan Manuel, Martín Caballero, Rita y Armas Vargas, Enrique (coord.), *Ansiedad y depresión: investigación e intervención*, Comares, Granada, 2012, pp. 269-277.

MESA RAYA, M<sup>a</sup> Carmen (dir.), “Una mirada hacia los hijos e hijas expuestos a situaciones de violencia de género. Orientaciones para la intervención desde los servicios sociales en Aragón”, *Instituto Aragonés de la Mujer*, Zaragoza, 2021.

MILLAN S., GARCÍA E., HURTADO, J.A., MORILLA M. Y SEPÚLVEDA, P., “Victimología infantil”, *Cuaderno Médico Forense*, vol. 12, nº 43-44, 2006, pp. 7-19.

NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015, pp. 117-160.

OLAGUIBEL, Almudena, “Violencia contra la infancia ¿una realidad silenciosa?”, Unicef España, Madrid, 2016.

Organización Mundial de la Salud, 2020. Datos disponibles en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children> [última consulta: 27/02/2023].

PERAL LÓPEZ, María del Carmen, *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijos e hijas*, UMA Editorial, Málaga, 2018.

PORTER, Bárbara y LÓPEZ-ANGULO, Yaranay, “Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género”, *CienciAmérica: Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamérica*, vol. 11, nº 1, 2022, pp. 11-42.

REYES CANO, Paula, “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Menores y Derecho*, vol. 49, 2015, pp. 181-217.

RODRIGUEZ RUIZ, Ricardo, “Modificaciones operadas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor por la Ley Orgánica 8/21 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la violencia”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 32, 2021, pp. 45-55.

RUIZ RUIZ, María Rosa, “Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia”, *Revista de Derecho de la UNED*, vol. 15, pp. 521-545.

“*Veo, veo... ¿tú me ves? Menores y la violencia de género*”, Documento de las Conclusiones de la Jornada de Menores Víctimas de Violencia de Género con Profesionales, 25 de septiembre de 2018. Disponible en <http://www.codajic.org/sites/default/files/sites/www.codajic.org/files/Veo,%20veo...InformeConclusionesJornadaMenores.pdf> [último acceso: 24/02/2023].

VILARIÑO Manuel, SEIJO Dolores, FERREIRA Paula, “Efectos del maltrato en la salud mental del menor”, *Psicología y Ley*, 2015.

VILLACAMPA ESTIRIARTE, Carolina, “La protección de las víctimas en el proceso penal; consideraciones generales e instrumentos de protección”, en

TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 168-240.

YANES CEDRÉS, José Manuel, “Correlatos cognitivos y comportamentales de la violencia observada en los progenitores”, Tesis Doctoral defendida en la Universidad de La Laguna, 2015. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/2253> [último acceso: 24/02/2023].

YUGUEROS GARCÍA, Antonio Jesús, “La protección de los menores víctimas de la violencia de género en España”, *APOSTA Revista de Ciencias Sociales*, 2016, pp. 38-52.



La adecuada protección de los menores constituye hoy uno de los principales desafíos a los que debe hacer frente la sociedad, y, por ende, también el Derecho; lo que desde luego justifica la oportunidad de esta obra, cuyo objeto es precisamente analizar la protección jurídica del menor en el ámbito nacional y comparado. Y es que, se ha apostado por darle una visión internacional, contando con la participación de autores procedentes de diferentes países. En concreto, el libro recoge varias de las ponencias expuestas en el Congreso Internacional "La protección jurídica del menor en el siglo XXI", que se enmarca en las actividades del Proyecto de Investigación de la Universidad de Zaragoza "Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital", del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" y del Grupo de Investigación Ius Familiae, financiado por el Gobierno de Aragón.



ISBN: 978-84-18321-65-8



Servicio de  
Publicaciones

Universidad Zaragoza