



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL ESPECIAL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS
MENORES DE EDAD DIRECTA O
COLATERALMENTE PERJUDICADOS EN
PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

Beatriz Infante Cano

4º Curso del Grado en Derecho, E-1.

Área de Derecho Procesal.

Tutor: Manuel Díaz Baños

Madrid.

Abril del 2024.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	5
1.	OBJETO DEL TRABAJO	5
2.	ÁMBITO DE ANÁLISIS	5
3.	MÉTODOLOGÍA Y LIMITACIONES DEL ESTUDIO.....	6
II.	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL PLANO INTERNACIONAL: ESPECIAL RELEVANCIA DE LA UNIÓN EUROPEA	7
III.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS: UNA REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICO-RELIGIOSA	12
IV.	PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO	16
V.	LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	21
VI.	PREVISIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	28
VII.	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	33
1.	EL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO.....	33
2.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	34
VIII.	CONCLUSIONES	37
1.	RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE MENORES: INTERRELACIÓN DE FUENTES Y APLICACIÓN COMPLEMENTARIA	37
2.	DESARROLLO LEGISLATIVO INTERNO, MODELO ESPAÑOL	39
IX.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43
1.	LEGISLACIÓN.....	43
2.	JURISPRUDENCIA.....	45
3.	OBRAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES.....	46
4.	OTRAS FUENTES: CIRCULARES, COMUNICACIONES, PRENSA.....	48

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL TRABAJO

La protección de los menores de edad conforma una de las mayores preocupaciones histórico-legislativas del panorama nacional e internacional de las últimas décadas. El impulso legislativo comunitario, unido a la iniciativa interna, ha resultado en la creación de un amplio régimen de salvaguardia de la niñez caracterizado por su constante volatilidad para adaptarse a las cambiantes necesidades contemporáneas. Ello nos puede llevar a cuestionar la eficacia real de un sistema con pluralidad de fuentes, que permanece en constante transformación. Concretamente, se investigará la generalidad del marco normativo que el ordenamiento jurídico español ha configurado para velar por el interés superior del menor. Se trata de un estudio sistemático, global e integral de este régimen. Consecuentemente, el objeto de estudio será el concreto tratamiento del menor en nuestro ordenamiento jurídico, sus especialidades legislativas extraprocesales y las particularidades procesales que se aplican con base en la minoría de edad.

2. ÁMBITO DE ANÁLISIS

El ámbito de análisis mantendrá este carácter general, abarcando el orden cronológico en el que han ido surgiendo las principales novedades legislativas de este régimen. El comienzo viene marcado por los primeros cuerpos normativos de origen comunitario que formalizan esta necesidad de protección, su evolución y los efectos que perduran hoy en día. Del mismo modo se investigará la posible motivación o inspiración en los antecedentes histórico-religiosos europeos y la trascendencia de la dotación de efectos legales a este principio compartido de protección a los menores. Seguidamente, como norma suprema, se presentará el modelo de protección constitucional español, su fundamentación en la realidad social coetánea a su promulgación y la actual interpretación de estas previsiones constitucionales. Una vez adentrados en el sistema nacional, se seleccionarán las normas de mayor trascendencia que actualmente recogen los principios, valores y objetivos del régimen español de protección a la infancia.

3. MÉTODOLÓGÍA Y LIMITACIONES DEL ESTUDIO

El estudio de la generalidad del régimen legislativo se intercalará con la concreción de las figuras jurídicas más ilustrativas del mismo, las diferentes tendencias doctrinales y la aplicación jurisprudencial; todo ello, en la búsqueda de un análisis íntegro de esta amplia disciplina. Las principales limitaciones se corresponden con la amplitud del régimen de protección de los menores de edad, pues se trata de un ámbito considerablemente desarrollado con cantidad de flancos abiertos para los que constantemente nos debemos auxiliar en fuentes secundarias como jurisprudencia o doctrina. El impedimento más notorio es la frecuente dificultad de definir los conceptos y su alcance concreto, pues se trata de un régimen caracterizado por la flexibilidad necesaria para adecuarse a los posibles avances comunitarios, evitando así, constantes reformas integrales.

Respecto a la estructura del trabajo, para la mejor coherencia del análisis, y por los diferentes saltos legislativos en los que se ha desarrollado este régimen, se abarcará cada capítulo desde una aproximación inicial teórica del cuerpo normativo concreto que contemple la generalidad del título enunciado, y se irá profundizando en los conceptos hasta entender las consecuencias que emanan de los mismos en detalle. Así, el estudio de la pretensión del legislador y del fruto de la misma mediante la invocación de estas normas en el proceso, permitirán un acercamiento íntegro a este sistema a partir del cual fundar una opinión crítica y concluyente sobre su eficacia.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL PLANO INTERNACIONAL: ESPECIAL RELEVANCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño¹ data del año 1924 y fue adoptada en el lugar que le otorga su nombre, convirtiéndose en el primer texto jurídico en afirmar que la minoría de edad es merecedora de un trato diferenciado y de una especial protección por parte de los Estados, si bien es cierto que, tratándose de una Declaración, no tenía efectos vinculantes para los mismos. Por ello, su trascendencia realmente radica en la novedad que supuso esta revolucionaria preocupación que surgió en un contexto de postguerra. Sus tintes castrenses empapan los cinco artículos que la conforman, entre los que puede llamar la atención del lector la prioridad de socorro de los niños en caso de hecatombe, principio que, a día de hoy, se encuentra completamente arraigado en nuestra sociedad y que tiene como origen este escrito. Del mismo modo, se enuncian temas tan presentes en la actualidad como son el derecho al libre desarrollo y la protección frente a la explotación infantil. De manera introductoria se hace un llamamiento a todas las personas de todas las naciones, que *“reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia”*², siendo verdaderamente impresionante que este principio de no discriminación sobre el que posteriormente se cimentó la Declaración de los Derechos Humanos³, fuera en su inicio aplicado en favor de los niños.

En noviembre de 1959 se formalizó esta primera aproximación, mediante la Declaración de los Derechos del Niño⁴ que, esta vez, sí que fue ratificada por todos los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, quedando todos ellos vinculados por

¹ Declaración de los Derechos del Niño, 26 de diciembre de 1924, Sociedad de las Naciones. (Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/7429338/NNA-INT-NOR-IDI-01-1924.+Declaración+de+Ginebra+.pdf/938d86c5-fe53-47c3-9716-337d6cafa05c>; última consulta 08/01/2024)

² Concretamente, se cita el primer párrafo de la Declaración de los Derechos del Niño, 26 de diciembre de 1924 de la Sociedad de las Naciones, anteriormente referenciada.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf; última consulta 08/01/2014).

⁴ Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, Naciones Unidas. (Disponible en <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>; última consulta 08/01/2024)

sus preceptos. Se duplicaron los artículos respecto a su precedente y se concretó la necesidad de esta especial protección, que concretamente yacía en su falta de madurez tanto física como mental y la desprotección que esta supone. Especial trascendencia a la ampliación del ámbito de protección que este texto tiene como pretensión, dejando atrás el ámbito de actuación exclusivamente social antedicho, para dar paso al primer anhelo de la citada “debidamente legal”⁵. Este novedoso carácter esencialmente legal lo convierte en la piedra angular sobre la que se han desarrollado los diferentes regímenes jurídicos de protección del menor.

Hay que hacer énfasis en ciertos aspectos de estos diez principios consagrados en el 1959, empezando por la extensión de la cláusula de no discriminación, que pasa a operar tanto en los propios niños, como en la raza, idioma, religión, origen, y opinión política de sus familias. Esta importancia a la familia se extrae de la precedente Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁶, por lo que se refuerza este régimen en especial atención a los menores de edad. Como podemos interpretar por el contexto histórico del momento, la Segunda Guerra Mundial parece hacer a los ciudadanos de todo el mundo mucho más exigentes con sus Estados, a los que habían defendido hasta el último aliento. Por ello, podemos deducir que los servicios de seguridad social o educación pública gratuita⁷ durante las etapas más tempranas de sus nuevas generaciones son fiel reflejo de las exigencias sociales que merecían aquellos hijos de padres que no se pudieron permitir cubrir esas necesidades por haberse dedicado a tiempo completo a la defensa nacional. Haciendo la comparativa entre La Declaración de Ginebra y esta última Declaración de 1959, se dilucida la realidad social del momento, un mundo destrozado por las consecuencias de la guerra que, cada vez más, anhela cierta reciprocidad a sus sacrificios por la patria, dando importancia a los niños, aquellos que vivieron con impotencia y desprotección estas etapas belicistas. Por la incertidumbre del futuro, ambas declaraciones recogen previsiones para salvaguardar la infancia en caso de nuevamente entrar en conflicto armado, como es la prioridad de auxilio a los niños, y también preceptos novedosos de carácter esperanzador, como el

⁶ Concretamente del apartado tercero del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, referenciada anteriormente.

⁷ Estos derechos vienen expresamente recogidos en los principios cuarto y séptimo, respectivamente, de la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959.

ateniente a la escolaridad, en vistas de que, por el contrario, les espere un futuro próspero en el que reinara la paz internacional.

Este cometido se retomó en noviembre de 1989, esta vez revestido de otra forma jurídica, en la Convención sobre los Derechos del Niño⁸, sustentada en la necesidad de brindar al niño una especial protección, como se proclamó en los textos precedentes a esta Convención y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta Convención, a día de hoy, ha sido ratificada por ciento noventa y seis Estados, por lo tanto, más que cualquier otra precedente o posterior. El artículo primero de la misma supone un hito histórico para nuestra disciplina, pues todos los Estados convienen, no sólo a efectos de esta Convención sino al más amplio nivel conceptual, que se considerará niño ‘‘todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Como frecuentemente sucede, y muchas veces así debe suceder, en los textos jurídicos internacionales, la cesión, en este caso, de la determinación de la minoría de edad, no es exclusiva. De este modo, mientras comienza proclamando lo que parece ser un acuerdo en la minoría de edad para todos los signatarios, a efectos prácticos termina siendo un derecho subsidiario que, realmente, no se aplicará nunca subsidiariamente, pues no hay Estado que carezca de la regulación del establecimiento de la minoría o mayoría de edad en su ordenamiento jurídico. A fecha de ratificación, en España ya estaba vigente el Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, que cambió la mayoría de edad de los veintiún a los dieciocho años que siguen operando en la actualidad⁹, haciendo mención en la exposición de motivos que este cambio se producía en concordancia con la tendencia europea. A día de hoy, en todos los Estados de la Unión Europea la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, así como en la mayoría del mundo. Aun así, la reflexión anterior no es de carácter enunciativo, pues a modo de ejemplo, en la República Socialista de Vietnam, no fue hasta 2015 cuando a raíz de la

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Disponible en <https://www.acnur.org/libraries/pdf.js/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.acnur.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Flegacy-pdf%2F5b6ca1e54.pdf?version1692333668>; última consulta 08/01/2024)

⁹ Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad. (Boletín Oficial del Estado, 17 de noviembre de 1978). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28627>; última consulta, 08/01/2024)

modificación de la Ley de Protección, Atención y Educación del Niño¹⁰, el nuevo borrador aumentaba la barrera de la mayoría de edad de los dieciséis a los dieciocho años actuales¹¹; es decir, aun habiendo firmado y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989 con su previsión subsidiaria de mayoría de edad a los dieciocho años. Esta reflexión interesa a efectos de evitar polarizaciones respecto a la labor de la Unión Europea en este ámbito, pues es un hecho objetivo que tenemos mucho que agradecerle en términos de desarrollo, evolución e incentivos; sin embargo, es importante conocer el verdadero alcance y los efectos que sus textos tienen en los Estados Miembros, dependiendo de la forma jurídica en la que se adopten, para saber las consecuencias reales que tendrán. También es imprescindible saber analizar esta Convención desde la perspectiva cronológica adecuada, pues no habían transcurrido ni cinco décadas desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y ya se había conseguido unir en el seno de la Unión Europea a prácticamente todos los Estados del mundo, que adoptaron cincuenta y cuatro preceptos en los que todos estaban de acuerdo en firmar; sin lugar a duda un hecho inédito hasta el momento.

Entre estos artículos es importante destacar que en la cláusula de no discriminación ya se incluye la obligación de los Estados parte de la Convención a respetar y asegurar su aplicación ‘*a cada niño sujeto a su jurisdicción*’, vislumbrándose así el carácter vinculante antedicho. Se concreta el principio de actuación en favor del interés superior del menor, entendiéndose su primacía ‘*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*’¹². Destacamos también el derecho de naturaleza civil del recién nacido de ser inscrito en el Registro Civil correspondiente y de adquirir la consecuente nacionalidad, mencionándose también el derecho a tener un nombre, sin haber surgido aún el derecho a portar los apellidos de los padres, cuestión que retomaremos más adelante respecto a nuestra legislación nacional. A efectos procesales, se rompe con lo establecido hasta el momento, que generalmente era la incapacidad del menor para declarar en su propio nombre en procedimientos

¹⁰ ‘‘Analizan enmiendas a la Ley de Protección, Atención y Educación del Niño’’, *Vietnam+*, 23 de noviembre de 2015. (Disponible en <https://es.vietnamplus.vn/analizan-enmiendas-al-ley-de-proteccion-atencion-y-educacion-del-nino/57761.vnp>; última consulta 08/01/2024)

¹¹ ‘‘Considera Vietnam la elevación de edad infantil a 18 años de edad’’, *Vietnam+*, 12 de noviembre de 2015. (Disponible en <https://es.vietnamplus.vn/considera-vietnam-elevacion-de-edad-infantil-a-18-anos-de-edad/57422.vnp>; última consulta 08/01/2024).

¹² Así queda enunciado en el primer apartado del artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 anteriormente referenciada.

judiciales, introduciéndose en el artículo doceavo el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos que le conciernen, ya sea por sí mismo o por medio de representante. Este derecho deriva de la libre expresión que se concede a los menores en este mismo artículo, si bien es cierto que viene condicionado por dos criterios fundamentales, la edad y la madurez de cada niño, dejando espacio a los legisladores de los Estados miembros para que garanticen este derecho siempre que las circunstancias personales de cada caso así lo permitan y, en cierto modo, no termine siendo perjudicial para el menor a largo plazo. Si bien es cierto que este derecho es un adelanto formidable en esta materia, nuestro ordenamiento jurídico tuvo que hacer un gran esfuerzo para que esta anunciación teórica de derechos no tuviera, en la práctica, un efecto rebote que supusiera la desprotección del menor, pues como se verá en las concretas previsiones que nuestra ley dedica a los menores, no debemos olvidar que la razón de ser de ciertas limitaciones por motivo de edad es la inaptitud de los menores de protegerse a sí mismos. Esta esencia no se pierde, pues también encontramos preceptos procesales, como es el del artículo diecinueve, que prevén procedimientos propios para asegurar una mayor eficacia para ‘*proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual*’. Es decir, se entiende que no sólo hay que proteger el bien jurídico que cada uno de estos tipos delictivos pretende castigar respecto a cualquier persona, sino que a este bien jurídico protegido de carácter general se le suma la concreta previsión de preservar la infancia, la indemnidad sexual, el libre desarrollo y la inocencia propia de los niños y directamente proveniente de su corta edad.

Estos tres escritos¹³ son los tres primeros pasos que se dieron en la historia de la humanidad para hacer de los derechos de los niños un régimen jurídico, vinculante, eficaz y *semiuniversal*. A partir de ellos, este asunto se ha convertido en una preocupación mundial y atemporal, por lo cual ha estado muy presente en las políticas internacionales, cuyo desarrollo legislativo ha continuado activo. A estos efectos, se debe hacer mención obligada del Tratado de Lisboa¹⁴. En su artículo tercero, antiguo artículo segundo del

¹³ En referencia a las dos Declaraciones de los Derechos del Niño, la del año 1924 y la de 1959, así como a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹⁴ Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (Diario Oficial de la Unión Europea, traducción obtenida del Boletín Oficial del Estado) (Disponible en <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>; última consulta 08/01/2024).

Tratado Fundacional de la Unión Europea¹⁵, se consagra como uno de sus principios esenciales la protección de los derechos del niño, para lo cual surgen figuras como Ewa Kopacz, no sólo vicepresidenta del Parlamento Europeo, sino también Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño¹⁶. Se podría dedicar un Trabajo de Fin de Grado completo a analizar todas las normas que han surgido desde Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y aun así sería difícil no exceder el límite de palabras, por lo que simplemente anunciaré la Garantía Infantil Europea¹⁷, como garantía del derecho a la sanidad y educación intracomunitaria de los niños y, por su rabiosa actualidad, la resolución adoptada por el Parlamento Europeo de implementación de medidas de protección para los menores que huyen de la violencia de Ucrania¹⁸. Además, la llamada “Cuarta Revolución Industrial”, es decir, el rápido desarrollo de la tecnología y el impulso de internet, hace surgir la necesidad de protección de los menores por este flanco. Así, en mayo del 2022 la Comisión Europea adoptó la estrategia “Better Internet for Kids”¹⁹ (bajo las siglas BIK+) evitando lagunas jurídicas comunitarias y protegiendo y preservando la infancia y la adolescencia también detrás de las pantallas.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: UNA REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICO-RELIGIOSA

Siendo conocedores de esta trayectoria legislativa desde sus inicios, creo que es sentimiento común la familiaridad con estos preceptos o, al menos, con su finalidad. En una primera instancia acuñamos esta familiaridad al hecho de que no compartimos la novedad de esta iniciativa legislativa, es decir, podríamos pensar que, mientras que está bien ponerle nombre y apellidos a todos los actos jurídicos que dieron forma inicialmente

¹⁵ Tratado de la Unión Europea, 7 de febrero de 1992. (Diario Oficial de la Unión Europea, traducción obtenida del Boletín Oficial del Estado) (Disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>; última consulta 08/01/2024).

¹⁶ “Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño”, *página web del Parlamento Europeo*, s.f. (Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights>; última consulta 08/01/2024)

¹⁷ “Derechos de los niños: ¿cómo protege la UE a los niños?”, *página web del Parlamento Europeo*, 16 de noviembre de 2023. (Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20231109STO09921/derechos-de-los-ninos-como-protege-la-ue-a-los-ninos>; última consulta 08/01/2024).

¹⁸ “Ucrania: la UE debe proteger a todos los niños que huyen de la guerra”, *Página web del Parlamento Europeo*, Notas de prensa de la Sesión plenaria del 7 de abril de 2022. (Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220401IPR26521/ucrania-la-ue-debe-proteger-a-todos-los-ninos-que-huyen-de-la-guerra>; última consulta 08/01/2024).

¹⁹ “Nueva estrategia europea en favor de un Internet más adecuado para los niños”, *Página web de la Comisión Europea*, Zona de prensa, 11 de mayo de 2022. (Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_22_2826; última consulta 08/01/2024).

al régimen de protección de los derechos del niño, nos suenan bastante reiterativos por ser, a día de hoy, uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y del de nuestros vecinos comunitarios. Sin embargo, si seguimos el hilo de ese pensamiento y lo conseguimos convertir en sentimiento, puede que esa familiaridad halle sus raíces en la fe histórica europea, pudiendo haber compartido ese mismo sentimiento de familiaridad con las personas que vivieron primero este inicio de velar por la infancia y la adolescencia hace casi cien años.

Esta armonía entre el origen legislativo de esta disciplina y uno de los pilares de la fe cristiana hace común la necesidad de protección de los menores. Europa, a fecha de la Convención sobre los Derechos del Niño y a día de hoy²⁰, sigue siendo eminentemente cristiana, por lo que es importante destacar que la novedad de la Convención no era respecto a su contenido, sino respecto a la forma jurídica vinculante que adoptó. Pues el contenido no podía ser novedoso cuando el mundo vivía bajo la luz de las sagradas escrituras, en las que ya en el primer libro del Nuevo Testamento, concretamente Mateo, Versículo 18:1-4 reza: *‘En ese momento los discípulos se acercaron a Jesús y le preguntaron: ¿Quién es el más importante en el reino de los cielos? Él llamó a un niño y lo puso en medio de ellos. Entonces dijo: Les aseguro que a menos que ustedes cambien y se vuelvan como niños, no entrarán en el reino de los cielos. Por tanto, el que se humilla como este niño será el más grande en el reino de los cielos’*²¹. De hecho, con motivo de la Convención, en 1990 se organizó por primera vez una conferencia de ciento cincuenta líderes religiosos²², que se reunieron en Princetown, Nueva Jersey, para concretar la labor de las religiones, en aras de que dicha actuación fuera en garantía del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de los Niños.

Uno de los principios fundamentales del Cristianismo es la protección de los más débiles, *‘así que, nosotros los que somos fuertes, debemos sobrellevar las flaquezas de los débiles y no agradarnos a nosotros mismos’* (Romanos 15:1). Esta necesidad de

²⁰ ‘‘Religiones’’, *Periódico Expansión*, s.f. (Disponible en <https://datosmacro.expansion.com/demografia/religiones?anio=1990>; última consulta 12/01/2024).

²¹ Las referencias a los textos sagrados se han hecho en ejemplares físicos y en los ejemplares digitales que se indicarán al final del trabajo, reservando su referencia para la Bibliografía. No obstante, para un mejor seguimiento de este capítulo y para aclarar exactamente la autoría de cada cita, se incluirá la misma de forma directa (o indirecta, entre paréntesis) para facilitar su consulta por parte del lector.

²² ‘‘Fe y Derechos de la Niñez: Estudio Multirreligioso de la Convención de los Derechos del Niño’’, *Arigatou Internacional*, s.f. (Disponible en <https://arigatouinternational.org/wp-content/uploads/2021/03/CRC-full-study-ES.pdf>; última consulta 12/01/2024).

protección legislativa para los menores nace de esa debilidad, la desprotección que tal condición supone. Es decir, su corta edad y falta de madurez se compensa mediante un régimen jurídico complementario. La niñez se convierte en un bien jurídico protegido en un intento de preservarla hasta que, de manera natural, se alcance la madurez suficiente para autogobernarse. Sin embargo, aunque no ocupara un texto normativo, este *modus operandi* ya se venía cumpliendo por aquellos seguidores de La Palabra. Existe un desnivel entre menores y adultos que, primeramente, se reconoce y acepta y, en segundo lugar, se protege y se dota de indemnidad para mantener esta santidad o inocencia de los niños; ‘ ‘ ¡levanta la voz por los que no tienen voz! ¡Defiende los derechos de los desposeídos! (Proverbios 31:8).

A lo largo de las tres variaciones, siendo la última la Convención de 1989, se va separando a los menores de la familia, se les termina viendo como sujetos de derecho independientes, titulares de derechos propios e individualizados. Si analizamos el porqué de esta predecesora integridad entre niño y familia, es decir, esta percepción del menor como hijo, y no como persona menor de edad, también se podría argumentar que puede deberse a motivos religiosos; ‘ ‘*los hijos son la herencia que nos da el Señor, los frutos del vientre son la recompensa que viene de Dios*’ (Salmos 127:3-5). Al estar tan arraigada la religión cristiana en la historia sociopolítica de Europa, la condición de ‘ ‘hijo de’ ’ tiene especial relevancia, pues consideramos que todos nosotros somos hijos de Dios, además, la familia tiene un lugar especial en la palabra del Señor. Es por ello, que la condición de hijo pudiera tener más fuerza que la de niño, pues no se contempla al niño como sujeto independiente, sino que siempre tendrá esa ascendencia común. Así, el primer acercamiento a la regulación de los derechos al niño en 1924, de forma intuitiva lo coloca en esa posición, y es de forma gradual que se va secularizando esta percepción, para finalmente considerarlo individualmente sujeto de Derecho en aras de una mejor protección de su esfera jurídica.

Respecto a derechos concretos que se adquirieron con la Convención, también podemos encontrar una inspiración, y si no, una resonancia, con las sagradas escrituras. Fue especialmente trascendental la cláusula de no discriminación, que no por ello novedosa, pues en 1989 no cambió la manera de actuar de aquellos que llevaban toda su existencia viviendo en Cristo, destacando así: ‘ ‘*Dios juzga a todos por igual y sin favoritismos*’ (Romanos 2:11). La base del cristianismo es el amor al prójimo, concibiendo al prójimo

en el sentido más amplio de la palabra, pues no hay distinciones reales entre todos aquellos creados a la imagen y semejanza de uno sólo. Respecto a la protección del niño frente al maltrato, abuso o la violencia, no debemos olvidar que las sagradas escrituras, en todos sus textos reiteran la importancia de disciplinar a los niños desde la experiencia y nunca la violencia, ‘*corrige a tu hijo cuando todavía estés a tiempo, pero no acabes con él a punta de castigos*’ (Proverbios 19:18). En esencia, se reza ‘*instrúyalos y corríjanlos como lo haría el Señor*’ (Efesios 6:4). Concluyentemente, entendemos que esta necesidad de protección no es nueva, ‘*la necesidad está ligada al corazón del niño*’ (Proverbios 22:15), sino que puede que fuera diseñada por aquellos que guardaban a Dios en su conciencia, de manera intuitiva inspirándose en su palabra e, incluso, por aquellos que no vivían su fe, pero que al haber vivido en una Europa donde reina el cristianismo, inconscientemente también se habían educado en Él.

Por todo lo expuesto, puede que estos preceptos también resultaran repetitivos para los fieles de hace casi cien años, pues La Palabra ya enunciaba y tenía como principio fundamental la necesidad de proteger a los niños. Es razonable llegar a la conclusión de que este anhelo de protección ya existía y estaba escrito por los hagiógrafos, haciendo de las sagradas escrituras la inspiración de la convencionalización de la protección de los menores. Además, encaja perfectamente con los antecedentes bélicos en los que surge esta necesidad de salvaguardar la infancia en 1924, siendo, en mi opinión, estos momentos de supervivencia y belicismo especialmente propensos a aumentar la fe en los corazones de aquellos que, aun atrapados en cuerpo en esa situación, eran libres de espíritu. Por ello, puede que la familiaridad que puede sentir el lector sea compartida con la que se sintió en 1989 al formar y ratificar este texto jurídico, concluyendo que, aunque este no fuera novedoso en contenido, por estar este presente desde el inicio del cristianismo, sí que lo es en forma, pues se trata de un hito histórico al convertir estos principios en una Convención vinculante, eficaz y aplicable incluso fuera de las fronteras comunitarias.

IV. PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

Nuestra Constitución²³ aboga por un modelo de protección a la infancia de desarrollo eminentemente legislativo, motivo por el cual, en lugar de reducir la previsión constitucional a un solo artículo, se trata de un amplio reconocimiento de este derecho en forma de principio que se incardina en el contenido e interpretación de diferentes artículos. Es importante apuntar que dicho desarrollo legislativo será mediante la forma de ley orgánica, a consecuencia de tratarse de un derecho constitucional consagrado en el artículo 39 de la Constitución. Hemos tratado recientemente la innovación jurídica que supuso comenzar a considerar a los niños sujetos de Derecho, sin embargo, es importante recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se adopta este régimen es posterior a nuestro texto constitucional, que data de 1978. Por ello, los menores no están directamente considerados como sujetos de Derecho, sino que nuestro artículo sigue la concepción unitaria del niño y su familia, rezando así “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”²⁴. Motivo por el cual, en su segundo apartado no se consagra la protección de los menores de edad por dicha condición, sino de “los hijos”, pues aún no se reconoce su capacidad para ser titular de derechos individualizados y relativos a esta condición. A efectos prácticos, no por ello podemos concluir que la Constitución española tenga un régimen de protección inferior al comunitario, simplemente se protege la concepción que en ese momento se tenía sobre los menores de edad, que era común tanto en el plano nacional como comunitario. Realmente, aun siendo anterior a las innovaciones europeas, se reservó espacio para consagrar la salvaguardia de los niños a nivel constitucional, siendo este el más alto nivel de protección de nuestro ordenamiento, motivo por el cual la adopción de las posteriores innovaciones comunitarias fue perfectamente compatible con nuestro régimen constitucional.

Partiendo de esta base teórica en la que entendemos el porqué de la redacción constitucional, posteriormente se tratarán las leyes que se han encargado de modernizar esta inicial tendencia tradicional, pues el artículo 39 de la Constitución Española sigue teniendo mucho más que aportar. Siguiendo con su apartado segundo, este reza “ Los

²³ Constitución Española. (Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>; última consulta 22/02/2024)

²⁴ Concretamente, se enuncia en el artículo 39.1 de la Constitución.

poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Esta primera mención a la filiación y el estado civil por parte materna se refiere a la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no debemos caer en la necedad de considerar esta una obviedad, pues se trató de un gran avance para nuestro Derecho de Familia. El Código Civil, de carácter preconstitucional en su formato original²⁵, establece un régimen dual que distingue entre hijos legítimos e hijos ilegítimos. Este inicial Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, concibe a los primeros como aquellos concebidos bajo la unión matrimonial de sus padres, destacando la presunción de legitimidad recogida en el artículo 108 de este cuerpo normativo²⁶. Esta legitimidad daba lugar a un régimen de protección tripartito que incluía: el derecho a portar los apellidos de ambos padres; derecho a recibir alimentos de padres, sus ascendientes y de sus hermanos; y derecho a recibir la legítima, entre otros derechos sucesorios. A pesar de esta grave diferenciación entre descendientes, la legitimidad no era exclusivamente originaria, pues el artículo 119 permitía la figura de los hijos legitimados. Como condición esencial para la legitimación de un hijo, este debería ser “hijo natural”, entendido como tal aquel hijo de padres que, a fecha de su nacimiento no estaban unidos en matrimonio, pero que no tenían ningún impedimento para contraerlo, es decir, no estaban casados ya con otra persona²⁷. Así, los hijos naturales reconocidos como tal podrían ser legitimados mediante la posterior unión matrimonial de sus padres, adquiriendo el mismo régimen prioritario que los hijos originariamente legítimos desde la fecha del matrimonio.

En segundo plano, el capítulo cuarto de este texto trata los hijos ilegítimos, partiendo de la base del reconocimiento de los hijos naturales, pudiendo estos ser reconocidos en documento público por un único progenitor si este reunía la condición de no estar unido bajo matrimonio con persona distinta al padre del hijo que se pretendía reconocer.

²⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=168&tn=1&p=18890725#art119>; última consulta 22/02/2024).

²⁶ Recoge: “Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges. Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido”.

²⁷ Rodríguez Morata, F. A., *Derecho Privado y Constitución*. El principio de no discriminación en las relaciones de filiación, 2021, p. 160. (Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/39396dpyc3805rodriguez-morata.pdf>; última consulta 22/02/2023).

Verdaderamente, no se trataba de una simple distinción a efectos legales, sino que este régimen no era estrictamente discriminatorio en el ámbito de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sino que, además, en el artículo 132 del Código, se prohibía al padre que reconocía al hijo natural la revelación de la identidad del otro progenitor, aquel sin voluntad de reconocimiento. Con perspectiva histórica, entiendo que se trata de, una vez más, la primacía del matrimonio sobre otros vínculos diferentes, pues si un padre no reconocía al hijo no solamente podría ser por desentendimiento, sino que también puede ser que este último hijo no fuere hijo natural susceptible de legitimación. Por ejemplo, si el padre no tenía capacidad legal para contraer matrimonio, por estar ya casado previamente con otra persona. En estos casos, el reconocimiento perdería el sentido que en su momento tuvo como figura que derivaba en la adquisición de derechos, por lo que se arriesga una posible ruptura del vínculo matrimonial al enterarse de la fidelidad por intentar el reconocimiento de un hijo del que, desde el inicio, no existió voluntad de legitimar. Así, el legislador pondera y tiende a la preservación del matrimonio como vínculo del cual nacen los derechos legítimos de los hijos.

Es decir, nuestro Código abogaba por la protección del matrimonio por encima de cualquier otro tipo de relación, preservando así la concepción tradicional del matrimonio español, que inevitablemente revestía tintes religiosos. Desde la perspectiva objetiva del Derecho, la prohibición de la revelación de la identidad del otro progenitor debe partir de la base del rechazo a la posible familia a raíz del hijo ilegítimo. Por ello, prohibiendo la relevación se salva al menos el matrimonio, que, aunque fuera por ignorancia de la infidelidad, no tendría motivo para separarse. Evidentemente nuestra perspectiva actual está fundamentada en una base mucho más emocional, pues nuestra sociedad actual nos permite serlo y criticar ampliamente el antiguo régimen de los descendientes. Sin embargo, esta decisión del legislador protegía al menos a uno de los hijos del progenitor, pues mantener la familia unida era esencial a efectos económicos para las familias de aquella época en las que sólo uno de ellos progenitores solía acceder al mercado laboral, por lo que se hizo una ponderación objetiva, eligiendo el mal menor. Finalmente, los hijos ilegítimos no naturales solo podrían llegar a aspirar en cuanto a alimentos, en el mejor de los casos, a los ‘auxilios necesarios para la subsistencia’, según el artículo 143 del Código Civil de 1889, por lo que la voluntad diferenciación de hijos queda más que evidenciada.

Por todo lo expuesto, la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales fue un hito para el Derecho de Familia español, que le debe todo su reconocimiento a la Constitución Española de 1978. Además, la previsión constitucional de la igualdad ante la ley hacía imposible seguir avanzando en el plano legislativo sin evolucionar en materia de familia, pues este régimen discriminatorio sería anticonstitucional. Por ello, la protección de la infancia no se reduce a un artículo, sino que empapa todo el texto constitucional, estando presente de manera expresa en principios tan fundamentales como el de la igualdad ante la ley. Entonces, si se enuncia la igualdad ante la ley de todos los españoles, ¿la creación de un régimen especial previsto para los menores de edad no supone un trato desigual al del resto de españoles? Más concretamente, ¿se puede concebir la igualdad ante la ley cuando ni siquiera se aplican las mismas leyes a mayores que a menores de edad? Nuestro Tribunal Constitucional se ha encargado de resolver todas las dudas que pueden surgir respecto al principio constitucional de la igualdad ante la ley, destacando entre su jurisprudencia la Sentencia número 49/1982 de 14 de julio de 1982, que establece en su segundo fundamento jurídico que “la igualdad jurídica no comporta necesariamente una igualdad material”²⁸. Defiende que, ante supuestos de hecho idénticos, pueden existir motivos que justifiquen la necesidad de una aplicación distinta del derecho para que el resultado sea una igualdad real. Desde la perspectiva contraria, cuando no se tienen en cuenta las causas de justificación, aunque el supuesto de hecho sea el mismo, el resultado de la aplicación de la correspondiente norma jurídica general resulta en una situación de desigualdad jurídica. En nuestro caso, la justificación razonable y fundada para crear un régimen individualizado es la carencia de la madurez suficiente que capacite a los menores de edad para autogobernarse de manera independiente y no perjudicial para sí mismos. Es decir, de no existir previsiones propias a su condición de menores de edad, la aplicación a estos del régimen común de nuestro ordenamiento jurídico les supondría perjuicios personales, patrimoniales y colectivos. Esta concepción relativa del principio de igualdad permite aplicar un trato desigual que desemboque en una posición igualada entre mayores y menores de edad. Como ejemplo ilustrativo podríamos concebir el régimen previsto para los menores de edad como la labor de los poderes públicos de construir un escalón que permita poner a los menores a

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional número 49/1982, de 14 de julio de 1982, F.J. 2º [versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\1982\49]. (Última consulta 22/02/2024).

la altura de los mayores de edad, dando este trato desigual para llegar a una posición jurídica inicial igualitaria.

Finalmente, es de obligada mención el derecho constitucional a la educación, recogido en el artículo 27 de esta norma suprema. Tiene una doble vertiente, pues en su primer apartado no sólo se constitucionaliza el derecho a la educación, sino, a su vez, la libertad de enseñanza. Es un derecho de naturaleza prestacional, ya que recae sobre los poderes públicos el deber de prestar una educación pública gratuita en sus etapas obligatorias, y accesible en las subsiguientes etapas. Los padres tienen un mayor ámbito de actuación, pues se les permite criar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y morales, tanto en casa, como a la hora de escoger una formación educativa religiosa. En España, nuestro Estado es aconfesional, por lo que los poderes públicos cooperan activamente con la Iglesia Católica, protegiendo así este ámbito de la intimidad, como es la crianza en la fe, en aras de una formación integral que permita a los niños, en un futuro, elegir si seguir profesando la religión de sus padres, o no. Esta previsión constitucional es fruto de la negociación entre los dos bandos ideológicos tras la dictadura franquista, por lo que tienen un mérito destacable aquellos que desarrollaron nuestra Constitución conforme a la realidad de las dos mitades de la población de aquella España altamente dividida, instaurando un régimen de cooperación y libre elección. Además, en el segundo apartado del artículo 27 de la Constitución se introduce un concepto esencial en el ámbito de protección a la infancia, el “pleno desarrollo de la personalidad humana”.

Para entender este concepto recordemos que la infantilización de los menores de edad es un fenómeno que se produce a partir de finales del siglo XVI y XVII, que se termina de configurar cuando se deja atrás la concepción pre-industrial del niño como mano de obra y se comienza a proteger legislativamente la infancia²⁹. En su vertiente positiva, el libre desarrollo de la personalidad se conforma como una libertad de composición individual de las creencias, valores y moral de cada persona, proceso que no cesa durante la vida adulta, pero que requiere ser salvaguardado durante las etapas más tempranas. Además, no sólo es un fenómeno de evolución interna, sino que se protege también la libertad para manifestar públicamente esta personalidad sin injerencias ni impedimentos externos. Por lo tanto, en su vertiente negativa, se trata de la obligación de los poderes públicos,

²⁹ Narodowski, M., “Hacia un mundo sin adultos. Infancias híper desrealizadas en la era de los derechos del niño”, *Actualidades Pedagógicas*, Volumen 1, Número 62, 2013, pp. 15-36. (Disponible en <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=ap>; última consulta 22/02/2024).

personas externas e incluso padres, bajo el marco del orden público, de abstenerse de inferir en la esfera privada de los menores de edad para que estos puedan desarrollarse moral, psicológica y espiritualmente de manera gradual y libre³⁰. Este derecho es inherente a la condición humana con independencia de la edad, por lo que, bajo el imperio de nuestra ley, toda persona es beneficiaria del mismo por ser una parte esencial de la dignidad humana, ya que nuestro Tribunal Constitucional considera que el inicio del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad son conceptos indivisibles. Concretamente, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, establece: “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”³¹.

V. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

Esta ley fundamenta su razón de ser en los antecedentes legislativos del régimen de menores de edad que se ha tratado con anterioridad, como queda recogido en su primera oración del preámbulo, que con carácter firme establece: “la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos”³². No obstante, el origen inmediato de la ley fue la Subcomisión de estudio que se decidió formar mediante acuerdo en la sesión que data de 26 de junio de 2014 del Congreso de los Diputados. Dicha Subcomisión logró un total de ciento cuarenta acuerdos, que, en el año 2017, lograron que se aprobara la proposición de elevación a ley orgánica del Gobierno. La idea principal que emana del preámbulo puede reducirse a su aportación, y cito, “la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes”. A estos efectos, la solución legislativa que se propone es abarcar este problema con la mayor integridad posible, desplegando obligaciones para todos los sujetos que ejerzan o,

³⁰ Ryszard Kosmider, M., “El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español”, *Revista de Derecho UNED*, número 23, 2018, pp. 667-706. (Disponible en

<https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/24038/19072>; última consulta 22/02/2024).

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1985, de 11 de abril de 1985, F.J. 8. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\1982\49]. (Última consulta 22/02/2024).

³² Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 2021). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>; última consulta 25/02/2024).

por el contrario, que puedan frenar una situación de violencia sobre un menor de edad. También es importante de antemano tomar en consideración la dificultad añadida de la intimidad, es decir, frecuentemente la violencia es intrafamiliar, por lo que resulta especialmente complicado para el legislador crear un régimen eficaz que pueda acceder a la esfera jurídico-privada de las familias, exclusivamente con la finalidad de poder proteger a los menores de edad.

El primer artículo de esta ley enuncia el objeto de la misma, que no es otro que el de garantizar el derecho de los menores de edad a la integridad “física, psíquica, psicológica y moral”, quedando definida en sentido amplísimo contra cualquier tipo de violencia. Esto supone que, aunque también se condena la violencia esporádica, se le da una especial importancia al maltrato habitual, pues todavía en España una parte de la población sigue ejerciendo una educación desfasada que fundamenta su fiereza en la tradición. Ante esta realidad, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia número 582/2022, limita el derecho de corrección de los padres, que podrán y deberán corregir las conductas inadecuadas de sus hijos sin menoscabar su integridad física o psíquica³³. Esta sentencia ha ocasionado discordia doctrinal bajo la pregunta de: ¿es posible reconocer el derecho de corrección a los padres mientras se garantiza la integridad física a los hijos?

Para abordar esta cuestión, Montalvo Jääskeläinen comienza definiendo el concepto de integridad física como “el derecho de la persona a la incolumidad corporal”³⁴. En este aspecto, desarrolla que, en el ámbito sanitario, una intervención que ocasione desagrado, malestar, riesgo o daño no opera automáticamente como supuesto de hecho de vulneración de la integridad física, sino que se trata de un “plus de afectación”. El Constitucional ha delimitado el derecho constitucional a la integridad física en concordancia con la opinión experta, afirmando que el objeto es el menoscabo real de la misma; no simplemente la percepción, sensación o temor de estar sufriendo un posible menoscabo³⁵. Puede llegar a parecer incluso frívolo, pero a efectos prácticos se trata de una garantía en favor de aquellos adultos, sanitarios o no, que traten a menores de edad, pues estos últimos no tienen el pleno discernimiento para distinguir el trato real que

³³ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 582/2022, de 13 de junio de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2022\3412]. (Última consulta 25/02/2024).

³⁴ Montalvo Jääskeläinen, F., “Los derechos y las libertades individuales”, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 384.

³⁵ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 160/2007, de 2 de julio de 2007. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\2007\160]. (Última consulta 25/02/2024).

reciben de las emociones personales que emanan del mismo. Consecuentemente, para que exista una vulneración real de la integridad física se requiere que el acto “ponga en peligro grave e inmediato la salud”³⁶ o que un riesgo lo suficientemente grave y certero³⁷.

Habiendo establecido constitucionalmente este derecho, posteriormente el Supremo encabeza la tendencia mayoritaria sobre el derecho de corrección, tras años de evolución y adaptación a una sociedad cambiante que, cada vez más, pretende una protección dentro y fuera del hogar. Primeramente, no debemos concebir el derecho a la corrección como un derecho otorgable, sino que se trata de una facultad inherente a la condición como padre, pues su función esencial es educar a sus hijos³⁸. Por lo tanto, el planteamiento correcto es entender que no se requiere autorización ni concesión pública, pues la patria potestad conlleva el derecho y, a su vez, deber de corrección³⁹. Juristas como Marín de Espinosa dejan la puerta entornada a la corriente minoritaria de derecho de corrección como justificación de actos especialmente leves en los que “se podría negar la tipicidad de la conducta por su adecuación social o principio de insignificancia”⁴⁰. En contraposición de la permisibilidad del derecho de corrección, el Tribunal pone un claro límite a este, pues no alcanza a aquellos actos que menoscaban la integridad de los hijos. Jurisprudencialmente se ha producido un fenómeno de ceñimiento de la acción⁴¹, pues previamente estaba dentro de sus límites el maltrato de obra o cualquier otra agresión esporádica que no causare lesiones que requieran tratamiento médico o quirúrgico para su sanación. Fin de esta corriente, entre otras, la sentencia número 666/2015 del alto tribunal⁴², que fundamenta su carácter condenatorio en la inclusión del maltrato de obra en el tipo penal de violencia doméstica (artículo 153 del Código Penal). De este modo,

³⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 119/2001, de 29 de mayor de 2001. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\2001\119]. (Última consulta 25/02/2024).

³⁷ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 220/2005, de 12 de septiembre de 2005. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\2005\220]. (Última consulta 25/02/2024).

³⁸ Función enunciada en el artículo 154 del Código Civil, que reza: “la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”.

³⁹ Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección Pleno del Tribunal Supremo, número 582/2022 de 13 de junio de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2022\3412]. (Última consulta 28/02/2024).

⁴⁰ Marín de Espinosa Ceballos, E., “¿El fin del derecho de corrección en España?”, *VLex*, 2015, pp.5-31. (Disponible en <https://vlex.es/vid/fin-derecho-correccion-espana-589226874>; última consulta 25/02/2024)

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección Pleno del Tribunal Supremo, número 582/2022 de 13 de junio de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2022\3412]. (Última consulta 28/02/2024).

⁴² Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 666/2015 de 8 de noviembre de 2015. [Versión electrónica- base de datos VLex., disponible en <https://vlex.es/vid/587607446>]. (Última consulta 28/02/2024).

afirma que dicha acción "integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor que excede de la conducta que en la época actual, podemos considerar socialmente adecuada".

En esta línea, aunque esta acción está normalizada en el seno familiar, puede incluso desembocar en tipo penal de maltrato habitual que el Consejo del Poder Judicial, en su comunicación de 22 de septiembre de 2021 ha calificado como la creación de un ambiente de "insostenibilidad emocional" que mediante su tipificación pretende erradicar esta "vivencia en un estado hostil y vejatorio continuo"⁴³, y que también incluye todos los ámbitos de la integridad del menor que aplican en la Ley Orgánica 8/2021. A su vez, la segunda definición que nos brinda este primer artículo de la ley que tratamos es la de violencia:

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

Nuevamente vemos recogida la actual exclusión de las correcciones físicas a los menores en este apartado, que expresamente define las mismas como violencia. En contraposición se brinda una definición del buen trato que se espera y exige a los progenitores, que no es otra que el respeto a sus derechos y reconocimiento de su dignidad, el sosiego en la resolución de disputas familiares y la protección de todos los ámbitos de su esfera privada. Es importante recalcar que la aplicación de esta ley abarca a todos los menores de edad que se hallen en territorio español, por lo que el legislador marca un patrón de comportamiento a compartir por todos aquellos nacionales, residentes o personas que transiten el Estado Español, sin atención alguna a su nacionalidad o situación administrativa.

⁴³ Comunicación del Poder Judicial, "El Tribunal Supremo analiza las características del maltrato habitual en el hogar, cómo se ejerce, como afecta a la víctima y sus consecuencias", *Poder Judicial España*, 22 de septiembre de 2021. (Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-analiza-las-caracteristicas-del-maltrato-habitual-en-el-hogar--como-se-ejerce--como-afecta-a-la-victima-y-sus-consecuencias>; última consulta 28/02/2024).

El artículo tercero de la misma enuncia una lista no taxativa de los fines que busca esta ley, que se consagra como uno de los instrumentos eficaces en todos los ámbitos para hacer efectiva la erradicación de la violencia contra menores de edad. Pone especial atención en la prevención de la misma, para lo cual es esencial una formación integral que permita a nuestra sociedad la detección temprana de la violencia y la proactividad de las víctimas para identificarla y denunciarla. Autores como Planchadell Gargallo, han dedicado publicaciones a la interpretación de esta ley como parte de la doctrina mayoritaria, en defensa de la eficacia de la labor legislativa como instrumento esencial para “abordar de manera holística”⁴⁴ la prevención en la protección de los menores.

El artículo cuarto, enuncia el principio del interés superior del menor, junto con los criterios de interpretación del mismo. 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, cuya última modificación es de carácter posterior a esta ley 8/2021, se encarga de esta segunda labor de interpretación, que será analizada en el apartado séptimo que este trabajo dedica a aquel cuerpo normativo. Por ello, reservaremos este apartado a las especialidades que introduce el artículo cuarto, que en su apartado *h* aboga por la individualización de las medidas a estimar en cada caso. Parece cada vez es más común olvidarnos de los menores de edad como personas diferenciadas, pues evidentemente todos ellos requieren un mínimo de protección común garantizado por la ley, pero no por ello, la estricta aplicación de esta ley será realmente beneficiosa para todos ellos. Analizando los textos jurídicos antedichos, es difícil no adoptar una postura garantista que, inconscientemente, pretende situar al menor en una burbuja jurídica impenetrable. Relacionándolo con la tipificación del maltrato de obra que se ha expuesto con anterioridad, aunque pueda ser un terreno acechado por el qué dirán, no debemos perder el espíritu crítico, por lo que adelanto que esto se trata de una reflexión personal a partir de la doctrina previamente trabajada, y no meramente jurídica. Fuera de la utopía y perfección del marco teórico doctrinal, en la práctica de casos reales y, especialmente en el marco de los divorcios, parece que todo vale. Se busca los preceptos jurídicos más beneficiosos para la parte, incluso llegando a ser frecuente la acusación de maltrato doméstico a los hijos comunes se trata de embutir en la filosofía maquiavélica en la que

⁴⁴ Planchadell Gargallo, A., “Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales.” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 63/2121 parte Legislación, 2021. Referencia BIB 2021\4579.

“el fin justifica los medios”. El ejercicio de la abogacía tiene un gran impacto en la sociedad, por lo que la defensa de los intereses del cliente no debe hacer a los letrados silenciar su propia voz de la consciencia. Cuando existe una necesidad, el legislador elabora una ley, sin embargo, la pretensión inicial de la aplicación de dicha ley suele ser a instancia de parte, en nuestro ámbito, comúnmente en el marco de un divorcio contencioso. Por supuesto, fuera de los casos típicamente contenidos en el maltrato que nuestro Código Penal castiga, hay hechos esporádicos que se pueden introducir con calzador en el supuesto de hecho castigado, sin otra finalidad que la de aportar a la pretensión del progenitor denunciante. Sin apología ninguna a la permisibilidad de la violencia infantil, no hay que descartar la lleno la doctrina minoritaria de la aplicación del principio de insignificancia en actos tan sumamente leves que carezcan de relevancia penal. Por ello, creo que también es una importante labor legislativa recordar a los padres que los hijos no deben ser un arma contra el otro progenitor en caso de ruptura del vínculo sentimental. Es responsabilidad de los padres ponderar si un acto de maltrato de obra esporádico, eventual y verdaderamente insignificante (con máximo énfasis en que los casos referidos son aquellos descuidos insustanciales), les causará más dolor a los hijos que al que se les someterá por todo lo que supone incoar un procedimiento contra el otro progenitor. Puede resultar una reflexión dura o fría, pero el trato individualizado que se refiere este artículo también tiene que hacernos pensar acerca de la gran decisión que supone colocar a nuestros hijos en la posición de víctimas contra su otro progenitor, simplemente por beneficiar nuestro caso de divorcio contencioso. Individualizarlo de tal forma que los padres reflexionen si su aplicación será realmente beneficiosa de acuerdo con la situación y personalidad del hijo en cuestión. Bajo ningún concepto esta legislación tan garantista deberá ser aprovechada para fines ajenos al interés superior del menor. Realmente se trata de un juicio sencillo, pues simplemente se debe ponderar si la acusación se hace en defensa del bienestar del hijo para alejarle de una custodia que menoscabe su integridad, o si por el contrario se sacrifica la cotidianeidad, la rutina y la relación familiar en aras de una custodia exclusiva por motivaciones personales del progenitor, en vez del hijo.

Ante esta casuística hay dos vías, la primera, este llamamiento a la conciencia de los padres y la protección extraprocésal de sus hijos, que, si aun así deciden acudir al Juzgado por maltrato de obra, se traslada esta responsabilidad al Juez. Es decir, confiaremos en nuestros jueces la labor de estimar si se trata de un hecho probado y ponderar si el castigo

del progenitor es más beneficioso para el menor, o, por el contrario, si alejar de los Tribunales al menor es lo que realmente atiene es beneficioso y concordante con el interés superior del menor. En segundo lugar, si lo que se demuestra en ese procedimiento es que se ideó un hecho falso constitutivo de delito, se podrá proceder de oficio o a instancia de parte a la apertura de un nuevo procedimiento con esta causa. Como consecuencia, el artículo 456 del Código Penal ⁴⁵ castiga la denuncia falsa en su mayor gravedad con pena de seis a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses. Inmediatamente después, nuestro Código trata el delito de falso testimonio⁴⁶, con penas por hechos cometidos en territorio nacional de uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. Por ello, cabe preguntarse ¿cuándo podremos beneficiarnos de esta mayor penalidad? Nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia número 252/2018, de 24 de mayo, ha establecido que se deberá aplicar el criterio de alternatividad, pasando aplicar el delito de falso testimonio por su mayor penalidad, cuando en juicio penal oral se haya ratificado el falso testimonio contra el denunciado, poniendo sus bienes jurídicos en claro riesgo ante la Justicia española⁴⁷.

El Título primero de la Ley 8/2021 enuncia una serie de derechos que la misma otorga a los menores de edad con la finalidad de protegerlos frente a cualquier tipo de violencia. Destacamos el derecho de las víctimas a ser escuchadas, contenido en el artículo número once, íntimamente ligado con el artículo trece de legitimación de los menores para la defensa de sus intereses en procedimientos judiciales. Se trata de una mera enunciación de estos derechos en favor de los menores de edad, pues su desarrollo legislativo se realiza en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (a continuación, LEC), que abarca su interpretación y el alcance de su aplicación procesal y extraprocésal.

El capítulo tercero de la ley que nos atiene estipula un modelo de actuación tripartito consistente en la prevención, la detección precoz y la sensibilización. La labor de prevención se extiende a las Administraciones Públicas, que, dentro de sus competencias,

⁴⁵ Artículo 456 del Código Penal: “los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados”.

⁴⁶ Artículo 458 del Código Penal: “El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses”.

⁴⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección Primera del Tribunal Supremo, número 252/2018 de 24 de mayo de 2018. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2018\3009]. (Última consulta 1/03/2024).

deberán proveer la creación de un espacio seguro y protegido en el hogar, por ejemplo, mediante la conciliación laboral (artículo 27). Se menciona la parentalidad positiva, que la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia número 941/2022, concibe como ‘‘implicación y preocupación en el seguimiento y satisfacción de las necesidades de la menor’’⁴⁸. Este entorno afectivo previene la violencia intrafamiliar, a la vez que permite una detección precoz de cualquier menoscabo a la integridad del menor fuera del núcleo de la familia. Todas las previsiones legislativas antedichas tienen como consecuencia la introducción de distintas modificaciones de la LECRrim, pasando a continuación a analizar cómo se protege la infancia en este cuerpo normativo.

VI. PREVISIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Nuestro ordenamiento jurídico no ha desarrollado un cuerpo normativo análogo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal exclusivamente para los menores de edad. Como podemos ir dilucidando en este trabajo, nuestro sistema es ampliamente garantista en esta disciplina, sin embargo, podemos observar como en la materia objeto de estudio, la sociedad ha avanzado más rápido que el legislador. De este modo, las previsiones especialmente diseñadas para la salvaguardia de los menores de edad se incluyen en el mismo cuerpo normativo preexistente que rige la generalidad del enjuiciamiento penal. Esta forma de integración en el marco normativo general, en esencia, no es ni mejor ni peor que el desarrollo específico de leyes cuyo sujeto únicamente es el menor. Por ello, ambos modelos conviven en nuestro ordenamiento, pues en el caso contrario, el del menor infractor, sí que se ha creado una ley en específico que regula su responsabilidad penal⁴⁹. Este apartado será dedicado a dilucidar y analizar las especialidades que se han incluido para la protección de los menores en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁰.

En la LECrim, la primera figura procesal a destacar en los procedimientos que involucran a menores es la del Ministerio Fiscal (en adelante, MF). El artículo 124 de la Constitución le atribuye al MF la función de ‘‘promover la acción de la justicia en defensa de la

⁴⁸ Sentencia de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, número 941/2022 de 5 de diciembre de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. JUR\2023\27520]. (Última consulta 1/03/2024).

⁴⁹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2000). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>; última consulta 1/03/2024).

⁵⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2023). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>; última consulta 21/01/2024).

legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados”. Esta labor de promoción de la justicia viene recogida, asimismo, en el artículo 105 de la LECrim, para la cual es esencial la distinción de delitos públicos, semipúblicos o privados. La ausencia de definiciones legales para este modelo tripartito de delitos ha sido suplida por autores como Vidal Rodríguez, que dedica un artículo doctrinal⁵¹ a la labor de definir los tres regímenes previstos en la ley. En primer lugar, los delitos públicos son aquellos que afectan a la ciudadanía en su totalidad, aquellos que revisten una gravedad suprema, pues acechan el bienestar y la seguridad social. El homicidio o los delitos contra la Hacienda Pública son algunos ejemplos de este tipo delictivo, para el cual, el Ministerio Fiscal queda facultado para perseguirlos de oficio. El motivo es claro, si se produce un homicidio y no hay posibilidad (si la víctima no tenía allegados que presenten querrela) o voluntad (por el daño emocional del homicidio no se creen con fuerzas de someterse a un proceso penal), el homicida no sería perseguido y seguiría viviendo en sociedad, con el peligro que ello conlleva para el interés de la totalidad de la ciudadanía. Por el contrario, los delitos privados son aquellos que menoscaban un bien particular, siendo los más comunes el delito de injuria y calumnias, en los que, consecuentemente, el artículo 105 LECrim excluye de la posibilidad de ser perseguidos de oficio por el MF, por lo que exclusivamente serán denunciados a instancia de parte. En una posición intermedia se encuentran los delitos semipúblicos, que comparten su naturaleza con ambos tipos pues, aunque el bien protegido sea privado, su lesión repercute en el interés general. Para estos, nuestra LECrim prevé un modelo mixto, en el que podrán ser perseguibles por el MF si se presenta previa denuncia del agraviado.

Tras todo lo expuesto, este sistema tripartito no opera en el caso de los menores de edad, que siempre contarán con el apoyo de la persecución de oficio por parte del MF de los delitos de los cuales sean víctimas, independientemente de su naturaleza. La conclusión que emana de esta previsión es que los bienes jurídicos privados de los cuales son titulares los menores siempre deberán ser objeto de una protección equiparable a la prevista para los delitos que afecten al interés general y la seguridad pública. En otras palabras, la carencia de una figura como el Ministerio Fiscal que salvaguarde los bienes privados de

⁵¹ Vidal Rodríguez, G., “Diferencias entre delitos públicos, semipúblicos y privados”, *Blog Gerson Vidal Rodríguez Abogado Penalista*. (Disponible en <https://www.gersonvidal.com/blog/diferencias-delitos-publicos-semipublicos-privados/>; última consulta 22/03/2024).

los menores sería una lesión directa contra el interés general y una gran laguna jurídica en nuestro ordenamiento.

En línea con la voz que se les da a los menores de edad en el artículo anteriormente expuesto, el artículo 259 LECrim contiene el deber de denuncia que toda persona que presencie un delito público tiene. No se debe confundir con la obligación de presentar querrela, pues el propio artículo expresamente define el deber, que se limita a “poner en conocimiento” de las autoridades correspondientes el hecho delictivo acaecido. Una vez más, la LECrim en su artículo 260 exime del cumplimiento de este deber “a los impúberes ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón”. El Tribunal Supremo ha considerado en reiteradas sentencias⁵², que se considerarán impúberes los menores de 14 años. A parte de la exclusión por minoría de edad, el legislador acertó con la previsión general de exención del deber ciudadano de denuncia de un delito cuando el infractor sea cónyuge, ascendiente, descendente o pariente lateral hasta el segundo grado⁵³. No debemos olvidar que la dispensa a los menores de edad se basa en la falta de desarrollo pleno para poder exigirles este deber, mientras que en el caso de los familiares el motivo del legislador es esencialmente emocional, pues el incumplimiento de este deber se justifica por el grado de afectividad entre infractor y testigo⁵⁴. En este caso, la especial previsión en favor de los menores de edad yace en la no aplicación de la exención del deber de denunciar a familiares del artículo 162 LECrim cuando la víctima del delito sea un menor de edad. Mediante esta perspectiva, no sólo se protege la infancia mediante la obligación perpetua de denunciar a cualquiera que atente contra ella, sino que también podríamos entender que la previsión extiende esta protección para velar por la posición de inferioridad que los hijos tienen respecto a los padres, pues aun siendo mayores de edad, el deber de denuncia incluye los delitos de maltrato continuado (es decir, al cumplir dieciocho años el hijo víctima de maltrato continuado no queda desamparado, sigue existiendo el deber de denuncia de aquellos que lo presencien). Habiendo tratado el desarrollo legislativo y jurisprudencial del maltrato habitual o continuado en el Capítulo V de este trabajo, podemos obtener una visión global de la labor de protección de menores en el ordenamiento jurídico, en el que verdaderamente se ha creado una red

⁵² Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 272/2001 de 19 de febrero de 2001. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2001\1336]. (Última consulta 2/03/2024).

⁵³ Concretamente, el art. 261 LECrim exime a: cónyuge no separado, persona conviviente con análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el 2º grado inclusive.

⁵⁴ Esta justificación no opera para los casos de: delitos contra la vida, homicidio, lesiones del art. 149 y 150 CP, maltrato habitual, delito contra la libertad y libertad sexual, delito de trata de seres humanos.

interdisciplinar de cuerpos normativos que se complementan entre sí para que realmente exista una protección integral.

Dejando atrás las diligencias previas, una vez inmersos en el proceso, el artículo 416 de la LECrim versa sobre la obligación de declarar en juicio. Esta obligación comparte una estructura análoga con la obligación de denuncia, pues se aplica la misma lista taxativa de personas a las que se exime la obligación, esta vez, de declarar. La jurisprudencia del Supremo⁵⁵ ha evolucionado de tal forma que, actualmente, si las personas eximidas de hacerlo deciden denunciar y se constituyen como acusación particular, no acogiéndose al artículo 261 LECrim, están rechazando definitivamente esta dispensa a lo largo de todo el procedimiento. Es decir, la renuncia es total, por lo que, aunque durante el proceso dejen de estar en posición de acusación particular, si son llamados como testigos no podrán acogerse para testificar a la dispensa que rechazaron para incoar el procedimiento⁵⁶. En este caso hay tres especialidades en las que, como el autor López Barja acuña, no aplica el “derecho al silencio”⁵⁷, primeramente, si el testigo es el guardián de hecho o representante legal de la víctima menor de edad. En segundo lugar, en los casos de delito grave hacia víctima menor de edad, entendiendo que la gravedad de los delitos es la misma que la contenida en el artículo 261 LECrim (reseñada a pie de página bajo el núm. 55). Finalmente, este artículo estipula que no podrán acogerse a esta provisión aquellos testigos que, por razón de edad, “no puedan comprender el sentido de la dispensa”. Verdaderamente se termina de perfeccionar esta cuestión tan cuidadosamente diseñada, mediante la ampliación del ámbito de actuación del Juez, permitiendo así su discrecionalidad (siempre con posibilidad de auxilio de peritos), en aras de proteger, incluso, a aquellos que por el contrario deciden no acogerse a la dispensa cuando, realmente, no tienen la madurez suficiente para entender las posibles y trascendentes consecuencias de esta decisión, sin duda, poco hay que reclamarle a este régimen en concreto.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo número 449/2015, de 15 de julio de 2015. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2015\3695]. (Última consulta 2/03/2024).

⁵⁶ Larráyo Solá, I., “La víctima que es acusación particular no recupera el derecho a la dispensa de declarar si renuncia a esa posición procesal STS (Sala de lo Penal; Pleno) 389/2020, de 10 julio (JUR 2020\228331)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm., 9/2020, 2020.

⁵⁷ López Barja de Quiroga, J., “Personas dispensadas de declarar”, *Grandes Tratados: Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2009. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. BIB\2009\1713]. (Última consulta 2/03/2024).

Una vez hemos visto el contenido de las especialidades de la declaración, añadir que la forma de la testificación también es objeto de protección por parte del legislador en el artículo 449 ter de la LECrim. El testimonio es uno de los tipos de prueba que se pueden aportar a un procedimiento, por lo cual, como prueba que es, deberá ser asegurada mediante su práctica durante la instrucción del caso y siempre con anterioridad al juicio. Si hiciéramos un recuento, es posible que el testimonio sea expresado al denunciar a la autoridad, posteriormente para constituir la querrela, y también se practique como prueba en juicio. Esta reiteración del testimonio potencialmente traumático para un menor de edad conforma la denominada victimización secundaria, que en palabras del TS es ‘‘el número de las ocasiones en las que la víctima menor de edad es sometida a interrogatorio, garantizando al tiempo los derechos del acusado’’⁵⁸ cuando ‘‘sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores’’. Por lo tanto, desde el panorama comunitario⁵⁹ se inició el desarrollo del actual régimen, en base al cual la declaración inicial de un menor, esto es, durante la fase de instrucción, se considerará prueba preconstituida que será reproducida, que no practicada de nuevo, en la celebración del juicio.

Finalmente, aparte de limitar al máximo las ocasiones que el menor de edad tiene que personarse en el marco del proceso (que no es otro límite que el anteriormente mencionado principio de contracción y derecho a la tutela judicial efectiva), la LECrim prevé una serie de garantías procesales para terminar de mantener la distancia entre el proceso y el menor. Así, destacamos dos de ellas: una preferencia, una prohibición y una facultad. En primer lugar, el artículo 258 bis LECrim introduce la preferencia de la realización de los actos procesales de forma telemática para la generalidad de los casos como método de agilización procesal que indirectamente favorece la salvaguardia de los menores en juicio. En segundo lugar, el artículo 711 LECrim prohíbe la práctica de careos con testigos menores de edad, salvo en aquellos casos que sea imprescindible para el asunto y que, en virtud de informe pericial no lesione los intereses del menor. Finalmente, el artículo 588 *septies a* de la LECrim faculta al Juez para autorizar el registro remoto sobre equipos informáticos en la instrucción de delitos cometidos contra menores. Sin

⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 690/2021, de 15 de septiembre de 2021. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2021\4635]. (Última consulta 4/03/2024).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2005. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0105&from=NL>; última consulta 4/03/2024).

duda alguna, la actual LECrim deja pocos flancos abiertos, pues aún siempre habiendo posibilidad de aumento de la protección, las principales preocupaciones procesales que surgen de la presencia de un menor en un procedimiento judicial quedan cubiertas.

VII. 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

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor⁶⁰, atribuye su promulgación a las necesidades y demandas que la sociedad anhelaba de los cuerpos normativos preexistentes, que se pueden condensar en la creación de un régimen que complementare el ejercicio de los derechos de los que los menores son titulares y, la especial protección que necesitan para ejercitarlos. El contenido de esta ley es prácticamente inabarcable en un solo capítulo⁶¹, por lo que, en sintonía con el análisis estructural y sistemático que este trabajo aporta sobre el régimen de los menores de edad, nos centraremos en los dos pilares esenciales que han permitido e influenciado el desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal.

1. EL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO

El artículo segundo de la Ley 1/1996 establece que la consideración del interés superior del menor en el ámbito jurisdiccional es inherente a su derecho a ser “informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”. Este derecho a ser escuchado se desarrolla en el artículo noveno de dicha ley, que asienta su ámbito de actuación tanto en procesos administrativos o judiciales, como a el ámbito privado de la familia, siempre que se traten decisiones que incidan en su esfera jurídica. Para ello, es requisito esencial y previo que se cumpla con su derecho a ser informado, entendiéndose cumplimentado mediante la adopción de un lenguaje y formato adaptado a la capacidad de comprensión del menor para que esta sea efectiva.

Tiene una doble vertiente, pues se configura como la obligación positiva de informar de este derecho al menor, a la par que se garantiza que, de tener la madurez suficiente, pueda

⁶⁰ 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. (Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996.

⁶¹ Especialmente por la modificación de todo el modelo de curatela, acogimiento y adopción de menores que se extralimita del objeto de este trabajo.

ejercitar el derecho por sí mismo o por una persona de su elección. A efectos de madurez, la ley establece que “ habrá de valorarse por personal especializado”, comúnmente se recurre al auxilio de informes de evaluación psicológica experta⁶². Sin embargo, continúa “se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”⁶³. Por ello, entendemos que la valoración antedicha será para aquellos menores de doce años envueltos en una pretensión presentada ante los tribunales sobre la cual, se deberá determinar si el menor tiene el suficiente desarrollo intelectual para poder hacer una aportación sustancial al proceso. Soledad Becerril, Defensora del Pueblo en el año 2014 dedica un estudio a esta figura jurídica, determinando que se trata de un derecho renunciabile, es decir, se configura como una posibilidad de actuación, nunca como una obligación⁶⁴. La edad no opera en cuanto a la renunciabilidad, de tal suerte que todos los menores de edad tienen capacidad y libertad plena para renunciar a este derecho. Así, el criterio de la madurez opera para aquellos casos en los que se decida ejercitar este derecho, es una guía en cuanto a la forma de su ejercicio, nunca sobre la total disponibilidad del menor para aceptarlo o rechazarlo.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Se podría considerar la labor más trascendente de esta ley la definición del concepto de interés superior del menor, pues se trata de la piedra angular sobre la que se articula la totalidad del sistema normativo en favor de los menores de edad. En palabras de Bécar Labraña, se trata de un principio que opera horizontal y verticalmente, un “imperativo” nacional e internacional que despliega sus efectos alcanzando a padres, adultos y Estados⁶⁵. Este autor ofrece una distinción de las funciones esenciales que este principio aporta a los ordenamientos jurídicos, siendo la primera de ellas la de fundamentación, pues se trata de una base común sobre la que se desarrollarán preceptos que, por esta

⁶² Abel Lluch, X., et. al., “El informe Pericial psicológico en los procedimientos de familia”, *Revista de derecho de familia, Aranzadi*, núm., 85/2019, 2019. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. BIB\2019\9207].

⁶³ Concretamente este párrafo analiza el artículo 9.2 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. (Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996). (Última consulta 2/03/2024).

⁶⁴ Becerril, S., Defensora del Pueblo, “Estudio sobre la escucha y el interés superior del Menor”, Madrid, 2014. (Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>; última consulta 6/03/2024).

⁶⁵ Bécar Labraña, E. J., “El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno”, *Actualidad Jurídica*, n.º 42, 2020. (Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P527.pdf>; última consulta 6/03/2024).

naturaleza compartida, serán coherentes y sistemáticos entre sí. En segundo lugar, tiene una función integrativa, pues permite al Juez aferrarse a una provisión conocida en aquellos casos en los que no exista provisión legal expresa o, si existe dudas entre la aplicación de una norma u otra, este será el criterio decisorio sobre la aplicación de la más beneficiosa para el menor de edad. Finalmente, actúa como base interpretativa, pues el resto del ordenamiento jurídico deberá ser interpretado o aclarado a la luz de esta primacía de este interés sobre cualquier otro defendido dentro o fuera de los Tribunales.

El artículo 2 de esta ley de protección jurídica del menor no aporta una definición conceptual como tal, sino que lo convierte en el derecho que toda persona menor de edad tiene a que su conveniencia reciba un trato primordial sobre cualquier otro interés ajeno público o privado. Es un trato prioritario de sus necesidades, intereses y bienestar por encima de las pretensiones que otra persona mayor de edad esté tratando de imponer en beneficio propio. Para ceñir la amplitud de este concepto, la ley nos ofrece una serie de criterios generales complementarios a la posibilidad de legislación específica o adecuación a la situación concreta de cada supuesto de hecho. El primer criterio es la preservación 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”. Se trata de una ponderación predeterminada por parte del legislador en la que se inclina por la salvaguardia de estos derechos por encima de las preferencias de los padres, siendo el caso más novedoso la disputa entre el derecho a la integridad física del niño y el derecho constitucional de los padres a educar a los hijos conforme a sus propios valores religiosos⁶⁶. La doctrina ha cambiado recientemente, mediante la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado⁶⁷, en la que, por primera vez, el interés superior del menor prima, incluso, sobre dicho derecho consagrado constitucionalmente. En primer lugar, partimos de la base de que la normativa reguladora de la autonomía del paciente⁶⁸ sólo deniega la posibilidad de consentimiento por

⁶⁶ Art. 27 CE: “derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

⁶⁷ Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, *Fiscalía General del Estado*, disponible en https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf; última consulta 5/03/2024).

⁶⁸ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002).

representación a los “menores maduros”, aquellos mayores de 16 años, por lo cual, la problemática está en considerar si los menores de 16 años tienen la suficiente madurez para acogerse a esta posibilidad de prestar consentimiento informado. Este juicio se deja al “criterio del médico responsable de la asistencia”, siempre debiendo realizarse esta evaluación en base al desarrollo cognitivo y la importancia de la decisión. Para la resolución de la cuestión planteada, la Fiscalía presenta la analogía entre el interés superior del menor y el interés del paciente que se regula en su correspondiente norma, por lo que se decide optar por una remisión a la misma, de tal modo que enfatiza la prioridad que es la salud y vida del paciente. Finalmente, se concluye que, al tenor del artículo 9 de la Ley de autonomía del paciente, aquellas situaciones en las que existe un riesgo grave para la vida o salud del menor de edad se “debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales” cuando dicha voluntad contravenga la opinión médica, que, de ser desestimada, supondría un grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad. Queda demostrado el amplio alcance que este principio tiene en nuestro ordenamiento jurídico que, de encontrarse enfrentado, prevalecería sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres y desestimaría la plena disposición del menor sobre su propia salud y vida como forma de protegerla de su falta de madurez para las decisiones que la atañan.

No obstante, otro de los criterios que opera en la aplicación e interpretación de esta figura jurídica es la “consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor”, como podemos concluir, en los ámbitos cotidianos ajenos al riesgo vital del menor. Se trata de un derecho que va aumentando progresivamente, pues su titularidad abarca un objeto mayor a medida que aumenta la edad, madurez y desarrollo del menor. Del mismo modo, se protege la identidad del menor, sobre la que no sólo opera la cláusula genérica de no discriminación, sino que se le otorga una protección especial a la indemnidad de la personalidad del menor en aras de un desarrollo natural y la inmunidad de su evolución. Sin embargo, no se trata de criterios absolutos de aplicación literal, pues el apartado tercero de este artículo determina que los mismos serán objeto de ponderación respecto a la edad, madurez, necesidad de garantizar su no discriminación, los posibles efectos irreversibles del caso, el favorecimiento de su evolución hacia la independencia y las concretas circunstancias de cada caso. Estos criterios son cumulativos, nunca alternativos, por lo que se deberá hacer un estudio global e individualizado de cada supuesto de hecho.

Los principios que guiarán la ponderación serán el de necesidad y proporcionalidad, decretando así: ‘‘la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara’’.

Finalmente es importante hacer énfasis en la cotidianeidad del interés superior del menor, pues no sólo opera en los casos de mayor conflictividad de intereses en el proceso. Se trata, igualmente, de un principio extraprocésal que opera, incluso, cuando los intereses de padres e hijos son ambos legítimos. Es decir, no es exclusivamente una herramienta procesal de resolución de pleitos en los que los padres no toman en consideración a sus hijos, sino que es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico eficaz al más concreto ámbito de la privacidad familiar. Es por ello, que la concurrencia de intereses igualitariamente legítimos será siempre resuelta conforme a la primacía de los intereses del menor, no en base a la pretensión del menor, sino a la configuración de la solución más beneficiosa a corto y largo plazo para su conveniencia, desarrollo y bienestar.

VIII. CONCLUSIONES

1. RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE MENORES:

INTERRELACIÓN DE FUENTES Y APLICACIÓN COMPLEMENTARIA

El régimen español de protección a los menores de edad está notablemente influenciado y configurado a partir de sus antecedentes comunitarios. Fue este impulso europeo el que motivó el comienzo de la protección legal de los intereses de la niñez. Si bien es cierto que se reconoce el mérito de esta iniciativa, la pluralidad de fuentes desde el plano internacional y nacional nos lleva a cuestionar, no solo su compatibilidad, sino su complementariedad. Respecto a la primera cuestión, actualmente la compatibilidad de ambos regímenes es requisito imperativo por la primacía y eficacia directa que la normativa comunitaria actual tiene en nuestro ordenamiento. Sin embargo, en su inicio, las Declaraciones de 1924, incluso la de 1959, no eran automáticamente vinculantes, por lo que fue esencial su configuración desde el plano de la generalidad en la enunciación de los derechos de la infancia (simplemente enunciando el derecho a la ‘‘debidamente protección legal’’ analizada en el título II de este trabajo), para así asegurar su compatibilidad con los concretos sistemas nacionales precedentes o posteriores. La adopción de la forma legal de Convención, con los efectos jurídicos vinculantes que conlleva, fue, a mi parecer muy acertadamente, redactada con previsiones ampliamente

garantistas con un gran margen de autonomía para el desarrollo legislativo nacional. Este fue el principal motivo de su posicionamiento como la Convención más ratificada a lo largo de la historia, pues no sólo fue un éxito a efectos de ratificación, sino también una muestra de la compatibilidad entre el consenso internacional y la preservación de la soberanía nacional. Es especialmente destacable la labor realizada por los padres de nuestra Constitución, que replicaron este método que caracteriza a las constituciones que son más propensas a perdurar intactas en el tiempo y que, personalmente, entiendo que deben actuar como férreo referente; una guía firme e inamovible de la que parten diferentes caminos de libre elección para el legislador del momento. Así, la protección de la infancia enunciada en el artículo 39 de nuestra Constitución adoptó una ‘protección integral de los hijos’, que hoy en día sigue operando a la totalidad de los menores, hecho que no habría podido acaecer de haber mantenido la concreta regulación de nuestro Código Civil originario, que se ceñía a la distinción de hijos matrimoniales y extramatrimoniales y que, por tanto, no ha podido mantener un régimen perdurable en el tiempo que aportare esta seguridad jurídica al ordenamiento.

Concretamente, se reservó un espacio constitucional dedicado a la salvaguardia de los derechos del niño que al estudiarlo, entendemos que fue redactado de tal forma que su amplitud lo revistiera de atemporalidad, lo cual nos ha permitido adaptarnos a las innovaciones comunitarias sin tener que reformar nuestra norma suprema para compatibilizarla. Actualmente se mantiene esta redacción genérica del régimen en la que la actuación internacional se limita a la determinación y protección de los derechos en su sentido más amplio, mientras que se deja un gran margen de desarrollo interno, siempre bajo los límites, efectos y alcance establecidos en el ámbito comunitario. Por lo tanto, la compatibilidad no se fundamenta en la cesión de soberanía a la actual Unión Europea, pues la complementariedad entre ambas fuentes demuestra que ambos desarrollos legislativos están motivados por la consecución de un fin compartido. Desde el plano comunitario se enuncian una serie de derechos genéricos que actúan como un mínimo común y que encajan a la perfección en nuestro marco normativo general, por tener la misma naturaleza genérica, y que, además, serán garantizados mediante la trasposición de acorde al sistema, los principios y los valores de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

2. DESARROLLO LEGISLATIVO INTERNO, MODELO ESPAÑOL

El estudio de las especialidades legislativas extraprocesales y las particularidades procesales del ordenamiento jurídico español en el ámbito de la minoría de edad nos permite categorizarlo como un régimen ampliamente garantista. Podríamos fundamentar esta conclusión en tres notas que configuran dicha naturaleza garantista: titularidad, ejercicio y apoyo. En primer lugar, nuestro sistema aboga por la titularidad propia de los menores de edad respecto de los derechos que les atienen. Su concepción como titulares independientes de derechos concretos se matiza con medidas como la individualización de las medidas estimadas a caso (art. 4 La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, a la que se dedica el título V de este trabajo). Es decir, no sólo son titulares particulares de los derechos inherentes a su condición de menores de edad que se enuncian en la ley, sino que la individualización implica que se adapta su aplicación al concreto supuesto de hecho que resulte en la situación más conveniente para el menor, ya sea dentro o fuera de los Tribunales. Así, no se trata simplemente de la concepción introducida por la Convención de los Derechos del Niño del menor como sujeto de derecho con titularidad individual sobre los mismos, sino que se fomenta el conocimiento y la comprensión del menor de edad de las posibilidades de su ejercicio. Este principio no se pierde, más se enfatiza en el marco de un proceso judicial, donde se ha creado un equilibrio perfecto entre regulación legislativa (“se exime a los impúberes del deber de poner en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo que hayan presenciado”, del art. 260 de la LECrim, título VI de este trabajo) y su concreción jurisprudencial (definición del Supremo de impúber como todo aquel menor de catorce años, STS 272/2001 de 19 de febrero de 2001, referenciada con anterioridad). Al tratarse de un régimen nuevamente destacado por su generalidad, podemos concluir que la labor de los jueces ha sido esencial para determinar y favorecer la consecución de la voluntad de protección del legislador; su función interpretativa y supletoria ha permitido que esta disciplina siga el ritmo de la sociedad a la que pretende servir.

Finalmente, este sistema tripartito se termina de configurar mediante el ejercicio de los menores de sus derechos, junto con el apoyo para que este sea efectivo, ya sea en el ámbito privado, o mediante figuras públicas, entre las que destaca el Ministerio Fiscal. Así, este régimen permite el ejercicio de dichos derechos, pues se dedica gran parte de la doctrina a intentar disminuir las limitaciones en el autogobierno de los menores, de tal forma que puedan ejercitar sus derechos de forma independiente mediante todo un entramado

interdisciplinar de figuras de apoyo. Aun habiendo un amplio debate doctrinal al respecto, este estudio general del régimen nos permite ser objetivos respecto de sus aspectos negativos y los positivos. Los primeros, se resumen en la colisión entre el ejercicio asistido de los derechos de los que los menores son titulares, frente a la celeridad procesal. La dilación de estos procesos no sólo tiene consecuencias negativas para el menor inmerso en el proceso, sino que fomentan la saturación de nuestros Tribunales, pues no existen Juzgados especializados para todos aquellos casos en los que intervengan menores. Sin embargo, no siempre se producirá dicha dilación, pues recordemos que, en determinados actos procesales como es la declaración inicial en fase de instrucción de un menor (artículo 449 ter LECrim), dicho testimonio se asegurará como prueba preconstituida que será directamente reproducida en juicio, evitando tanto la victimización secundaria, como una mayor extensión en el tiempo de este desapacible acto procesal. Sin perjuicio de lo cual, se concluye que un sistema que apoya la autonomía de los menores de edad, de tal forma que se complemente su titularidad sobre determinado derecho con los apoyos accesorios para ejercitarlo, es un sistema virtuoso. Se ha desarrollado toda una red de apoyos para que el interés superior del menor no sólo sea prioritario (art. 2 ley 1/1996, de 15 de enero), sino también defendido por su titular de manera directa o indirecta. Sin duda alguna, desde mi propia perspectiva jurídica, es mayor el beneficio que el perjuicio, pues se trata de un sistema que tiene la capacidad de ceder parte de su celeridad procesal en aras del correcto y más justo ejercicio de los derechos. Pues, sin este sacrificio, sería menos perjudicial para los menores no tener los mismos derechos que los adultos, en oposición a tenerlos y carecer tanto de las limitaciones necesarias, como de las aptitudes, para ejercitar estos derechos sin perjudicarse a sí mismos. No se trata de un régimen exclusivamente enunciativo de derechos, sino que implementa la forma concreta para hacerlos efectivos, siendo de especial mención el detalle con el que la LECrim trata las previsiones dedicadas a los menores de edad, anteriormente tratadas en el título VI de este trabajo (denuncia, declaración, preferencia de la forma telemática, etc.). Los derechos siempre deben de aportar al individuo, por lo que un derecho que no se pueda ejercer sin perjuicio propio es un derecho vacío, debe de existir desigualdad material en el ejercicio para que adultos y menores se encuentren en una posición de igualdad real en nuestro ordenamiento jurídico. Paradójicamente, el apoyo para ejercitar sus derechos es una cualidad garantista, pues limitando su ámbito de elección se asegura la eficacia de la actuación conforme a la conveniencia del menor, ya que su ausencia desembocaría en la plena libertad de aquellos

que carecen de la madurez necesaria para comprender y actuar en beneficio de sus propios intereses a corto y largo plazo.

Del mismo modo, el análisis del régimen interno español de protección del menor nos permite definirlo como un modelo mixto en el que se intercala la introducción de medidas de tratamiento especial de menores dentro de la normativa genérica, junto con la creación de cuerpos normativos exclusivamente aplicables a menores. Así, mientras que en la LECrim se opta por introducir las especialidades atinentes a los menores en la propia ley, que es de carácter y aplicación general; a la protección integral a la infancia y adolescencia contra la violencia se le dedica una ley de carácter específico (analizada en el título V). Mediante este modelo mixto podemos beneficiarnos de las ventajas que aportan estos dos tipos de desarrollo legislativo. La creación de leyes especialmente dirigidas a los menores de edad permite conseguir un nivel de concreción mucho mayor del que se podría alcanzar en caso contrario, pues ciñendo el sujeto al que se aplica la misma nos permite una más detallada concreción de su objeto. Las leyes analizadas en el cuerpo de este trabajo son especialmente ilustrativas a estos efectos, pues son textos normativos específicos que parten de un sujeto predeterminado, por lo que pueden centrar sus esfuerzos legislativos en la consecución de la finalidad precisa para la cual son promulgadas. Por otro lado, también es enriquecedora la implementación de estas especialidades en los cuerpos normativos generales, como sucede en la Ley de Enjuiciamiento Criminal antedicha ya que, este método es destacablemente favorable a efectos de seguridad jurídica, pues brinda una unidad procesal esencial para su correcta aplicación e implementación en un ordenamiento jurídico íntegro.

Finalmente, este análisis nos permite concluir que el modelo español de protección de los derechos de los menores de edad es un sistema con pluralidad de fuentes, que da fruto a un modelo mixto e interdisciplinar de desarrollo legislativo general y específico, en el marco de un régimen ampliamente garantista. La protección de la minoría de edad no se configura como una disciplina del Derecho, sino como un principio fundamental que empapa el ordenamiento jurídico español y consagra la primacía del interés superior del menor por encima de cualquier otro interés legítimo. La importancia de la salvaguardia de la niñez ha permitido una labor conjunta de legislador, jueces y expertos para la creación de un virtuoso régimen general de legislación, jurisprudencia y doctrina en constante adaptación a la volatilidad de la sociedad contemporánea y el consiguiente surgimiento de nuevas necesidades jurídicas.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española. (Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978).

(Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>; última consulta 22/02/2024)

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Disponible en

<https://www.acnur.org/libraries/pdf.js/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.acnur.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Flegacy-pdf%2F5b6ca1e54.pdf?version1692333668>)

Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, Naciones Unidas.

(Disponible en <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>)

Declaración de los Derechos del Niño, 26 de diciembre de 1924, Sociedad de las Naciones. (Disponible en

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/7429338/NNA-INT-NOR-IDI-01-1924.+Declaración+de+Ginebra+.pdf/938d86c5-fc53-47c3-9716-337d6cafa05c>)

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Disponible en

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

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. (Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Boletín Oficial del Estado, 18 de abril del 2023). (Disponible en

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>; última consulta 21/01/2024).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2000). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>; última consulta 1/03/2024).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 2021). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>; última consulta 25/02/2024).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2023). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>; última consulta 21/01/2024).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=168&tn=1&p=18890725#art119>; última consulta 22/02/2024).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Boletín Oficial del Estado, 1 de marzo de 2023). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>; última consulta 22/02/2024).

Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad. (Boletín Oficial del Estado, 17 de noviembre de 1978). (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28627>)

Tratado de la Unión Europea, 7 de febrero de 1992. (Diario Oficial de la Unión Europea, traducción obtenida del Boletín Oficial del Estado) (Disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>).

Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (Diario Oficial de la Unión Europea, traducción obtenida del Boletín Oficial del Estado) (Disponible en <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 272/2001 de 19 de febrero de 2001. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2001\1336]. (Última consulta 2/03/2024).

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 582/2022, de 13 de junio de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2022\3412]. (Última consulta 25/02/2024).

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 690/2021, de 15 de septiembre de 2021. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2021\4635]. (Última consulta 4/03/2024).

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 666/2015 de 8 de noviembre de 2015. [Versión electrónica- base de datos VLex., disponible en <https://vlex.es/vid/587607446>]. (Última consulta 28/02/2024).

Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección Pleno del Tribunal Supremo, número 582/2022 de 13 de junio de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2022\3412]. (Última consulta 28/02/2024).

Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección Primera del Tribunal Supremo, número 252/2018 de 24 de mayo de 2018. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2018\3009]. (Última consulta 1/03/2024).

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 160/2007, de 2 de julio de 2007. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\2007\160]. (Última consulta 25/02/2024).

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 220/2005, de 12 de septiembre de 2005. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\2005\220]. (Última consulta 25/02/2024).

Sentencia de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, número 941/2022 de 5 de diciembre de 2022. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. JUR\2023\27520]. (Última consulta 1/03/2024).

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 119/2001, de 29 de mayor de 2001. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\2001\119]. (Última consulta 25/02/2024).

Sentencia del Tribunal Constitucional número 49/1982, de 14 de julio de 1982, F.J. 2º [versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\1982\49]. (Última consulta 22/02/2024).

Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1985, de 11 de abril de 1985, F.J. 8. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RTC\1982\49]. (Última consulta 22/02/2024).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2005. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0105&from=NL>; última consulta 4/03/2024).

Sentencia del Tribunal Supremo número 449/2015, de 15 de julio de 2015. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. RJ\2015\3695]. (Última consulta 2/03/2024).

3. OBRAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES

Abel Lluch, X., et. al., ‘‘El informe Pericial psicológico en los procedimientos de familia’’, *Revista de derecho de familia, Aranzadi*, núm., 85/2019, 2019. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. BIB\2019\9207]. (Última consulta 5/03/2024).

Bécar Labraña, E. J., ‘‘El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno’’, *Actualidad Jurídica*, n.º 42, 2020. (Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P527.pdf>; última consulta 6/03/2024).

‘‘Fe y Derechos de la Niñez: Estudio Multirreligioso de la Convención de los Derechos del Niño’’, *Arigatou Internacional*, s.f. (Disponible en <https://arigatouinternational.org/wp-content/uploads/2021/03/CRC-full-study-ES.pdf>; última consulta 12/01/2024).

Larráyoiz Sola, I., ‘‘La víctima que es acusación particular no recupera el derecho a la dispensa de declarar si renuncia a esa posición procesal STS (Sala de lo Penal; Pleno) 389/2020, de 10 julio (JUR 2020\228331)’’, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm., 9/2020, 2020.

López Barja de Quiroga, J., ‘‘Personas dispensadas de declarar’’, *Grandes Tratados: Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2009. [Versión electrónica- base de datos Aranzadi. BIB\2009\1713]. (ltima consulta 2/03/2024).

Montalvo Jaskelinen, F., ‘‘Los derechos y las libertades individuales’’, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 384-388.

Narodowski, M., ‘‘Hacia un mundo sin adultos. Infancias híper desrealizadas en la era de los derechos del niño’’, *Actualidades Pedagógicas*, Volumen 1, Número 62, 2013, pp. 15-36. (Disponible en <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=ap>; última consulta 22/02/2024).

Planchadell Gargallo, A., ‘‘Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales.’’ *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 63/2121 parte Legislación, 2021. Referencia BIB 2021\4579.

Rodríguez Morata, F. A., *Derecho Privado y Constitución*, El principio de no discriminación en las relaciones de filiación, 2021, pp. 157-194. (Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/39396dpyc3805rodriguez-morata.pdf>; última consulta 22/02/2023).

Ryszard Kosmider, M., ‘‘El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español’’, *Revista de Derecho UNED*, número 23, 2018, pp. 667-706. (Disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/24038/19072>; última consulta 22/02/2024).

Vidal Rodríguez, G., ‘‘Diferencias entre delitos públicos, semipúblicos y privados’’, *Blog Gerson Vidal Rodríguez Abogado Penalista*. (Disponible en

<https://www.gersonvidal.com/blog/diferencias-delitos-publicos-semipublicos-privados/>; última consulta 22/03/2024).

4. OTRAS FUENTES: CIRCULARES, COMUNICACIONES, PRENSA.

“Analizan enmiendas a la Ley de Protección, Atención y Educación del Niño”, *Vietnam+*, 23 de noviembre de 2015. (Disponible en <https://es.vietnamplus.vn/analizan-enmiendas-al-ley-de-proteccion-atencion-y-educacion-del-nino/57761.vnp>; última consulta 08/01/2024)

Becerril, S., Defensora del Pueblo, “Estudio sobre la escucha y el interés superior del Menor”, Madrid, 2014. (Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>; última consulta 6/03/2024).

“Considera Vietnam la elevación de edad infantil a 18 años de edad”, *Vietnam+*, 12 de noviembre de 2015. (Disponible en <https://es.vietnamplus.vn/considera-vietnam-elevacion-de-edad-infantil-a-18-anos-de-edad/57422.vnp>; última consulta 08/01/2024).

Comunicación del Poder Judicial, “ El Tribunal Supremo analiza las características del maltrato habitual en el hogar, cómo se ejerce, como afecta a la víctima y sus consecuencias”, *Poder Judicial España*, 22 de septiembre de 2021. (Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-analiza-las-caracteristicas-del-maltrato-habitual-en-el-hogar--como-se-ejerce--como-afecta-a-la-victima-y-sus-consecuencias>; última consulta 28/02/2024).

“Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño”, *página web del Parlamento Europeo*, s.f. (Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights>; última consulta 08/01/2024)

“Derechos de los niños: ¿cómo protege la UE a los niños?”, *página web del Parlamento Europeo*, 16 de noviembre de 2023. (Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20231109STO09921/derechos-de-los-ninos-como-protege-la-ue-a-los-ninos>; última consulta 08/01/2024).

“Nueva estrategia europea en favor de un Internet más adecuado para los niños”, *Página web de la Comisión Europea*, Zona de prensa, 11 de mayo de 2022. (Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_22_2826; última consulta 08/01/2024).

“Religiones”, *Periódico Expansión*, s.f. (Disponible en <https://datosmacro.expansion.com/demografia/religiones?anio=1990>; última consulta 12/01/2024).

“Ucrania: la UE debe proteger a todos los niños que huyen de la guerra”, *Página web del Parlamento Europeo*, Notas de prensa de la Sesión plenaria del 7 de abril de 2022. (Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220401IPR26521/ucrania-la-ue-debe-protger-a-todos-los-ninos-que-huyen-de-la-guerra>; última consulta 08/01/2024).

