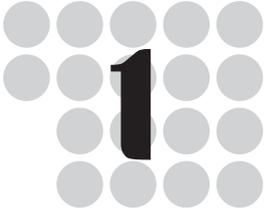


Parte I

Marco conceptual, legislativo y normativo



Legislación relacionada con la violencia y protección a la infancia

Luís Martín Álvarez y Juan Gil Arrones

1. Marco legislativo internacional

El marco legislativo para la protección de las personas menores de edad (PME) frente a la violencia está definido fundamentalmente, a nivel internacional, por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), de la **Organización de Naciones Unidas** (ONU) /20 de noviembre de 1989, Convención ratificada por España un año después, en 1990; y, asimismo, por la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 21 de septiembre de 1992^{1,2}.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 constituye el primer instrumento universal, jurídicamente *vinculante* para los países que lo ratifican y que contempla globalmente la cuestión de los derechos del niño, abarcando sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

La Convención ofrece a la comunidad internacional los principios para garantizar que las políticas y programas aplicados a nivel nacional, incluyan un enfoque basado en los derechos del niño.

La CDN establece en su artículo primero que «se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad». En el art. 3.1. especifica que, en todas las medidas concernientes a los niños, niñas y adolescentes que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autorida-

des administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será *el Interés superior del niño*.

En relación a la violencia a personas menores de edad, en el artículo 19.1 la CDN obliga específicamente a los estados que la ratifiquen, a «...adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra cualquier forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual...» y que esas medidas de protección deben contar con procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales, con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a sus familias o personas que cuiden de él.

Asimismo, establece que deben emplearse procedimientos eficaces para la prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución o entidad administrativa, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Por otra parte, en el artículo 3 /apartado 3, del **Tratado de la Unión Europea** (UE) se establece como objetivo de la Unión el establecimiento y la protección de los derechos del niño; y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se garantiza la protección de los derechos del niño por parte de las instituciones y de los países europeos en la aplicación del Derecho de la Unión³⁴.

La Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE ° C 241) se aprobó el 21 de septiembre de 1992 por el Parlamento de la UE mediante la Resolución A 3-0172/92, con el objetivo de dar respuesta a los problemas específicos para la Infancia derivados del proceso de integración de países en la UE. En la Carta Europea de los Derechos del Niño se hace referencia a los contenidos de la CDN y se especifica cuál debe ser su concreción en la UE a través de sus 44 artículos. En ellos, se marcan las directrices para que las administraciones de los países miembros de la UE desarrollen la legislación correspondiente y cuáles deben ser criterios de referencia para la gestión de los servicios, la toma de decisiones y los procedimientos.

En lo que se refiere a la protección frente a la violencia, establece que corresponde a los Estados proteger en particular a los niños, en relación con su edad, de los mensajes pornográficos y violentos; y de la explotación laboral y sexual. Especifica que «todo niño deberá ser protegido contra toda forma de esclavitud, de violencia o explotación sexuales».

2. Legislación nacional

En España, la protección a los derechos de la infancia se ve impulsada desde la propia **Constitución de 1978** (capítulo III, título I) y en diversas leyes, siendo decisiva, en el ámbito de la protección de las PME:

- **Ley 21/1987**, Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, a partir de la cual, se empieza a considerar el concepto del desamparo y se agilizan los procedimientos de las medidas de protección, permitiendo la tutela automática por parte de la Entidad Pública en casos de desprotección grave o desamparo e introduciendo mejoras y procedimientos para la guarda, tutela y adopción⁵.
- Posteriormente, la **Ley Orgánica de 1/1996**, de 15 de enero, de **Protección Jurídica del Menor**, viene a constituir un amplio marco jurídico de protección de la infancia y de la adolescencia, que vincula a los poderes públicos, a las instituciones, a las familias y a todos los ciudadanos y reformula la estructura del derecho a la protección de las personas menores de edad, a quien reconoce como sujetos de derecho, establece el derecho que tienen a ser escuchados y limita los procedimientos de las administraciones en la medida que lo requiera la edad del niño, de la niña o del adolescente, y ordena el sistema y las medidas de protección, como el acogimiento y la adopción⁶.
- La L.O. 1/1996 se modifica, complementa y amplía mediante la **Ley Orgánica 8/2015**, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia⁷.

Esta nueva L.O. 8/2015 en su art. 2.1 refuerza el derecho del niño a que se considere el bien superior del menor por encima de otros intereses y derechos, y establece la satisfacción de las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección. (Exposición de motivos. 2.). También desarrolla de forma más detallada, entre otros, el derecho a ser escuchado en todas las decisiones que le afecten (art. 9).

Otra aportación innovadora es la definición de **situaciones de riesgo** como «aquellas derivadas de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativas por las que el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría la situación de desamparo y la asunción de la tutela por el ministerio de la ley, sea precisa una intervención de la administración pública...» para reducir o compensar las dificultades y eliminar el desamparo.

Establece las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores según lo previsto en el artículo 172 y siguientes del Código Civil; y establece las competencias en materia de Guarda (art. 19), Acogimiento familiar (art. 20) y Acogimiento Residencial (art. 21) como medidas de protección en situaciones de desamparo. En materia de adopción remite a lo establecido en la legislación civil aplicable.

También establece (art. 25 a 31) los criterios de ingreso y los límites de las actuaciones en los centros de protección específicos para menores que padecen trastornos de conducta en los que, por su especial complejidad, por tener que combinar medidas de contención y limitación de alguno de sus derechos, con medidas socioeducativas y psicoterapéuticas. También permite agilizar los procedimientos de ingreso en estos centros y para la adopción de medidas de protección urgente, como la entrada en domicilios para la ejecución forzosa de la retirada de un menor de su familia o tutores legales.

La disposición final tercera de la citada L.O. 8/2015 modifica la **Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (VG)**; considerándose que la VG constituye una forma «singularmente atroz de violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la VG», y reconoce que esta forma de violencia convierte a los hijos en víctimas de VG y que les afecta de muchas formas⁸:

- Alterando su bienestar y su desarrollo.
- Causándoles serios problemas de salud.
- Convirtiéndolos en instrumentos para ejercer dominio y violencia sobre la mujer.
- Favoreciendo la transmisión generacional de estas conductas violentas.

Como consecuencia de su aplicación, en el procedimiento judicial el juez se pronunciaría de oficio o a instancia de los afectados, sobre la necesidad de adoptar medidas cautelares y de seguimiento, sobre la suspensión de la patria potestad para el acusado o, en su caso, la forma en que se llevará a cabo la guarda y custodia.

Con fecha 4 de junio de 2021 se aprueba la **Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (LOPIVI)**, que establece las actuaciones en materia de sensibilización, prevención, detección precoz, protección y reparación frente a la violencia, estableciendo medidas de *protección integral*. En esta Ley Orgánica queda definido el concepto de violencia a la infancia y la diferente tipología; así como el concepto de buen trato^{9,10,11}.

En los Criterios Generales establece medidas para la recuperación física, psicológica, emocional y para la inclusión social de la víctima. También establece los contenidos específicos que debe contemplar la *formación de los profesionales* que trabajan con niños, niñas y adolescentes; que debe ser especializada, inicial y continua a lo largo de su desarrollo profesional.

También establece la *coordinación* que debe existir entre las distintas administraciones en materia de protección de la infancia frente a cualquier forma de violencia y la colaboración público-privada entre organizaciones que prestan servicios a la infancia.

En el título I establece el derecho que tienen las víctimas a la información, a ser escuchado, a recibir una atención integral y una asistencia jurídica gratuita. Y en el Título II queda establecido el deber de comunicación de situaciones de violencia que tienen todas las personas, especialmente los profesionales relacionados y especifica los criterios que deben seguir los mecanismos de comunicación. El Título III establece la sensibilización, prevención y detección precoz como fundamento de la *estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia*, tanto en el ámbito familiar, como en el educativo, en el sanitario, en el de los servicios sociales, en el de las tecnologías, en el deporte y el ocio, así como por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad; basados en el desarrollo de protocolos, unidades especializadas y en la figura de delegados de protección en los distintos ámbitos.

El Título IV desarrolla específicamente la necesidad de Protocolos de actuación en los *Centros de Protección de Menores* y, el Título V está dedicado a la *organización administrativa* en materia de protección de la infancia, estableciendo la creación de un Registro Central de Información sobre la violencia a la infancia y adolescencia.

Esta L.O. 8/2021 (LOPIVI) modifica algunas leyes que afectan a la protección de la infancia: se restringe el derecho de no estar obligado a denunciar contemplado en los artículos 261 y 416 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (de 14 de septiembre de 1882); añade un artículo 449 bis sobre requisitos para la declaración como testigo realizada en forma de *prueba preconstituida*, que queda regulada en el artículo 449 ter. por el que ante una persona menor de 14 años o en situación de discapacidad... «la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la exploración de audiencia del menor como prueba preconstituida...»: *La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales* que apoyarán al tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional...».

Se modifican los apartados 6 y 7 del artículo 544 ter. Establece que la autoridad judicial *suspenderá el régimen de visitas* cuando los hijos hubieran presen-

ciado, sufrido o convivido con una situación de violencia familiar; aunque puede acordar su no interrupción mediante resolución motivada en el interés superior del menor.

También modifica algunos artículos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. Modifica el artículo 12 sobre la realización de pruebas médicas para la *determinación de la edad*, restringiendo su aplicación indiscriminada, sobre todo si son invasivas o implican la exploración digital o la inspección del cuerpo desnudo. También se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 17 sobre las situaciones de riesgo y se especifican cuáles son indicadores de riesgo en un apartado 2 que introduce.

También modifica la L.O. 1/2004, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, añadiendo en el artículo 1.4 que también se considera violencia de género la que se hace por parte de los hombres sobre los hijos menores de edad con objeto de causar daño a las mujeres. Modifica la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, en su artículo 15, indicando que la *historia clínica* debe recoger la circunstancia de que la atención sanitaria se derive de un episodio de violencia.

En 2022 se promulga la **Ley Orgánica 10/2022**, de 6 de septiembre, de **garantía integral de la libertad sexual**, tiene por objeto la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales y, en el artículo 3.2 especifica que... «*la presente Ley Orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España*», por lo que supone un valioso instrumento que debemos conocer y aplicar¹².

Esta Ley Orgánica –como tal, aprobada por mayoría superior a dos tercios de los Diputados del Congreso– en su artículo 8 establece que las administraciones sanitarias, sociosanitarias y de servicios sociales competentes «*promoverán la adopción de medidas para la prevención y sensibilización de las violencias sexuales sobre las personas usuarias de los recursos sanitarios*»; y, en el artículo 20.1 expresa la responsabilidad de las administraciones sanitarias, a través del Consejo Interterritorial de Salud, de promover la adecuada formación del personal sanitario y no sanitario para la detección de las violencias sexuales y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del ámbito sanitario para la detección y respuesta frente a las violencias sexuales; y más adelante insta a la elaboración de un protocolo común a todas las Comunidades Autónomas, para actualizar y mejorar los protocolos sanitarios existentes, para asegurar una adecuada unidad de acción del personal sanitario en el conjunto del Estado. Este protocolo común ha sido publicado el 22 de febrero de 2024 y corresponde a cada Comunidad Autónoma garantizar y facilitar su aplicación.

La citada L.O. 10/2022, en su artículo 21 establece que las administraciones públicas promoverán los procedimientos y la adecuada formación del personal sociosanitario y del sistema de los servicios sociales generales para la detección de las violencias sexuales, que deberá incluir tanto los espacios residenciales como los ambulatorios; lo que debe entenderse como un mandato para otorgar el necesario soporte institucional para la actuación de los profesionales del entorno sociosanitario.

En este sentido, el artículo 23 establece que las administraciones, en cualquiera de sus niveles, deben garantizar la formación inicial obligatoria de todos los profesionales y la formación continua que deben recibir; así como la necesaria especialización de los profesionales de los diferentes sectores, *«...especialmente, aquellos que intervienen, directa o indirectamente en la prevención, detección, reparación y respuesta a las violencias sexuales, en la atención a las víctimas que tienen relación directa con los agresores, con especial atención a la formación del personal que tenga un contacto directo y habitual con menores de edad»*. La necesaria formación de los profesionales del Sistema Nacional de Salud, ya sean de instituciones públicas o privadas, se concreta específicamente en el artículo 25.

Y, plantea la necesidad de formación y de especialización de los profesionales como un derecho de las víctimas. En el artículo 33 especifica que todas las personas a las que se aplica, mujeres, niños y niñas víctimas de violencias sexuales, *«...tienen derecho a la asistencia integral especializada y accesible que les ayude a superar las consecuencias físicas, psicológicas, sociales o de otra índole, derivadas de las violencias sexuales»* y, en el punto i) del mismo artículo especifica que este derecho comprende *«... la atención especializada, en el caso de niñas y niños víctimas de violencias sexuales y de víctimas de trata y explotación sexual»*; lo que compete directamente a las instituciones y a los profesionales del Sistema Nacional de salud, entre otros.

3. Obligación de notificar

La citada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que modifica la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica de menor, en su artículo 13.1 establece la obligación de los profesionales de notificar cualquier situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 262, establece el deber general de denunciar posibles delitos por parte de aquellos que por razón de su

profesión tuvieran conocimiento de los mismos. En concreto en su artículo 355 se refiere al personal médico y especifica que «si el hecho criminal que motivare la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieren al herido estarán obligados a dar parte de su estado y adelantos en los periodos que se les señalen, e inmediatamente que ocurra cualquiera novedad que merezca ser puesta en conocimiento del Juez instructor».

Y el incumplimiento de esta obligación de comunicación por parte del médico a la Autoridad Judicial puede ser castigado conforme fija el artículo 408 del Código Penal, que establece: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

En este mismo sentido se expresa, respecto a las personas menores de edad, el artículo 13 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.

Además, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece, en su artículo 32, la obligatoriedad de los poderes públicos de colaborar y garantizar la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

Según la valoración inicial de la gravedad de la violencia, la tipología del maltrato y la situación de protección de la víctima, la notificación de la sospecha se puede realizar por cualquier profesional que la detecta o que tenga conocimiento de ella o información que pueda ser de utilidad en los procedimientos judiciales y de protección, mediante *Hoja de Notificación* a los Servicios Sociales, *Parte de Lesiones* al Juzgado de Guardia o mediante *llamada telefónica* a los Servicios Sociales, al Servicio Provincial de Protección de Menores o, al Juzgado de Guardia.

4. Parte de lesiones

El Código Penal considera como lesión no solo las que han sido producido físicamente sobre el cuerpo, sino, también las que afectan a la integridad psicológica.