

1.2. Derecho de familia

El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (I)*

The best interests of the minor and the canon of reinforced reasonableness in situations of risk and neglect: protection, foster care and adoption actions

Por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(acreditada a profesora Titular)
en la Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN. El presente estudio se va a centrar en el análisis de las actuaciones que deben llevar a cabo las Administraciones y los poderes públicos en general, y las familias y centros docentes en particular con el objeto de prevenir, sensibilizar, atender, guardar, informar y proteger a los menores de edad no emancipados ante situaciones de riesgo, desamparo, acoso, violencia y otros comportamientos ilícitos que tienen lugar tanto en un entorno físico como digital. Todo ello, atendiendo al interés superior del menor y al canon de razonabilidad reforzada (tutela judicial efectiva. A tal fin, estudiaremos todas esas situaciones y la implementación de medidas necesarias desde instancias públicas y privadas. Trataremos figuras de guarda y protección como la guarda de hecho de menores, el acogimiento —con especial referencia al acogimiento transfronterizo—; y la adopción —atendiendo a la adopción abierta e internacional—. Desde la nueva normativa comunitaria —Reglamento General de Protección de datos, Reglamento de Servicios Digitales y Reglamento de Inteligencia Artificial— pondremos de manifiesto las exigencias

* Este estudio se divide en dos partes por su extensión.
BOE, número 82, de 3 de abril de 2024.

para la protección de menores y las que son necesarias adoptar por cada Estado miembro en particular, a través de las Agencia de Protección de Datos, Comité de Protección de Datos o de Inteligencia Artificial y de los Parlamentos nacionales.

ABSTRACT. *This study will focus on the analysis of the actions that must be carried out by the Administrations and public authorities in general, and by families and educational centres in particular, in order to prevent, raise awareness, care for, protect, inform and protect unemancipated minors from situations of risk, abandonment, harassment, violence and other illicit behaviour that take place both in a physical and digital environment. To this end, we will study all these situations and the implementation of necessary measures from public and private bodies. We will deal with guardianship and protection figures such as the de facto guardianship of minors, foster care — with special reference to cross-border foster care —; and adoption — with regard to open and international adoption—. Under the new EU regulations — the General Data Protection Regulation, the Digital Services Regulation and the Artificial Intelligence Regulation — we will highlight the requirements for the protection of minors and those that must be adopted by each Member State in particular, through the Data Protection Agency, the Data Protection or Artificial Intelligence Committee and the national Parliaments.*

PALABRAS CLAVES: Menores de edad no emancipados, interés superior del menor, canos de razonabilidad reforzada, riesgo, desamparo, actuaciones preventivas, de sensibilización, informativas, de atención inmediata, guarda, acogimiento, adopción, entorno digital, entorno físico, protección de datos, inteligencia artificial.

KEYWORDS: *Unemancipated minors, best interests of the child, reinforced reasonableness rules, risk, helplessness, preventive actions, awareness-raising, informative, immediate attention, custody, foster care, adoption, digital environment, physical environment, data protection, and artificial intelligence.*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL CANON DE RAZONABILIDAD REFORZADA.—III. NIVELES, ÁMBITOS Y ENTORNOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. NIVELES DE ACTUACIÓN. A. Sensibilización. B. Medidas preventivas: en especial, la prevención de la violencia contra la infancia y adolescencia en el mundo físico y digital. C. Detención precoz de la violencia. D. Atención inmediata. 2. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN. A. Actuaciones en caso de urgencia. B. Actuaciones en situación de riesgo. C. Actuaciones en situación de desamparo. IV. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN. 1. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL. A. Acogimiento familiar. B. Acogimiento residencial. a) Medidas para garantizar la convivencia y seguridad en los centros de protección a la infancia y a la adolescencia. b) Medidas y actuaciones en centros de protección específica de menores con problemas de conducta. C. Acogimiento transfronterizo.—V. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. 1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN. ADOPTANTE Y ADOPTADO. 2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. A. La fase administrativa. B. La fase judicial: el expediente de adopción. 3. CONSENTIMIENTOS, ASENTIMIENTOS Y AUDIENCIAS EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN. A. Personas que han de consentir la adopción. B. Personas que han de asentir la adopción. C. Personas a las que debe darse audiencia, ser oídas.—VI.

LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—VII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 1. LA ADOPCIÓN ABIERTA. 2. LA KAFALA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN. PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN PROCEDENTE DE LA KAFALA.—VIII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.—IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS ACTUACIONES PREVENTIVAS, DE ATENCIÓN INMEDIATA, DE RIESGO Y DESAMPARO.—X. BIBIOGRAFÍA. XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española en su artículo 39 establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en esencia, de los menores de edad de conformidad con los acuerdos internacionales que velen por sus derechos; de tal modo que, este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

Entre tales acuerdos e instrumentos internacionales destacan dos Convenciones de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus tres Protocolos facultativos, y diversas propuestas y Observaciones Generales formuladas por el Comité de los Derechos del Niño: la Observación General número 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado; la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia; y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente; la Observancia número 25 de 2021 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital; además de las Observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010. Asimismo, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014; el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul); el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; además de incluir en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de

castigo físico sobre la infancia. Finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

En el seno de la Unión Europea, el artículo 3 del Tratado de Lisboa se refiere a la “protección de los derechos del niño”, que representa un objetivo general de la política común, tanto en el espacio interno como en las relaciones exteriores.

En el ámbito interno, las observaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo (en sus documentos “Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad” de 2011 y “La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles” de 2012); los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, en la que debemos reseñar la meta 16.2: “Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños” dentro del Objetivo 16 de promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, así como la Agenda 2030.

Ahora bien, el artículo 154 del Código Civil señala que corresponde a los padres como representantes legales de sus hijos menores de edad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral (artículo 154 del Código Civil), y la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156.1 del citado cuerpo legal). A falta de progenitores, corresponde al tutor nombrado la representación del menor, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo (artículo 225 del Código Civil).

A este respecto, se ha proclamado en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, que “los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, (...), sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (...). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”.

Cuando la patria potestad y la tutela ordinaria resultan insuficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial, la intervención de los poderes públicos mediante un sistema de carácter global, determina que, el cuerpo normativo español ha incorporado, precisamente, importantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: así la reforma operada en 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 (en adelante, LOPJM), por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (en adelante, LO 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, Ley 26/2015), ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas

de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar; de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo a la Ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

No obstante, a pesar de dichos avances normativos, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, de alcance normativo análogo a la aprobada en el marco de la violencia de género.

De ahí, que, con objeto de cumplir tal mandato, avanzar en la defensa de los derechos de las personas menores, así como reforzar su protección frente a la violencia, se aprueba la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI) como ley integral y con un alcance multidimensional en cuanto abarca desde la prevención detección precoz hasta la actuación inmediata y eficaz frente a la violencia sobre los menores y adolescentes. Nadie duda que, la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes (social, familiar, escolar). En numerosas ocasiones pasa desapercibida por la intimidad de los ámbitos en la que tiene lugar parte de la violencia. Ciertamente, la lucha para erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia es un imperativo de derechos humanos. De ahí, el modelo de protección basado en el enfoque de derechos humanos que, supone priorizar la prevención frente a la atención y la reparación, operar sobre un enfoque integral basado en la interdependencia de todos los derechos y la corresponsabilidad de todos los sujetos públicos o privados obligados a garantizar la protección integral de los menores y adolescentes y, en la necesaria participación en la toma de decisiones que les pueden afectar directa o indirectamente. Precisamente, desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha consolidado la consideración de éste como titular de derechos que, hay que respetar y proteger. Lo que también alcanza aquellos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sujetos especialmente vulnerables y con mayores dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. No obstante, un notable avance ha tenido lugar con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adecuando con ello nuestro ordenamiento jurídico a la citada Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se basa esta Ley en el respecto de la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por tanto, ante situaciones de violencia sobre menores ofrece soluciones en relación con el derecho de visitas al modificar el artículo 94 del Código Civil.

Por otra parte, ante el gran impulso del entorno digital procede tener presente, la regulación del Reglamento (UE) 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales); y, el Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establece normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858; (UE) 2018/1139) y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2°15/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

De todas formas, el Gobierno ha presentado la Carta de los Derechos Digitales dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Así en sus consideraciones previas se indica que, “su objetivo es descriptivo, prospectivo y asertivo. Descriptivo de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados, a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación; esa mera descripción ayuda a visualizar y tomar conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. Prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse. Asertivo en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros”. A lo que se precisa que “la Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos que la aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea. Con ello también, se propone un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en el que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Centrándonos la protección de menores en el entorno digital señala en el apartado los Derecho de Igualdad en el número X que: “1. Los progenitores, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos, de los entornos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. 2. Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. 3. Salvo en las excepciones previstas en las leyes, se prohíben los tratamientos de la información de los menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales. 4. Se consideran ilícitas las prácticas de perfilado susceptibles de manipular o perturbar la voluntad de los menores y, en particular, la publicidad basada en

este tipo de técnicas. 5. Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de los menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad de género, así como los comportamientos antidemocráticos, racistas y violentos”.

Asimismo, el pasado 4 de junio de 2024, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en entornos digitales. Tienen como propósito garantizar los derechos de las personas menores de edad en el entorno digital, así como el derecho a la protección de sus datos personales y el acceso a contenidos adecuado. En concreto, el Anteproyecto reconoce el derecho de las personas menores de edad: 1. A ser protegidas frente a contenido digitales que pueden perjudicar su desarrollo; 2. Recibir información sobre el uso de las tecnologías, así como de sus derechos y riesgos asociados en este entorno; 3. El acceso a la información, libertad de expresión y a ser escuchadas; y, 4. Al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales. Para lograr lo anterior, el legislador propone la implementación de una serie de medidas relacionadas con la protección del menor en el ámbito digital como, asimismo, la regulación de contenidos en línea que afecta a operadores digitales e *influencers* y la tipificación de nuevos delitos. La norma se centra en cuatro ámbitos, en especial: 1. La protección de consumidores y usuarios; 2. En el ámbito educativo; 3. En el ámbito sanitario; y 4. En el sector público.

Al respecto en su Exposición de Motivos indica que, España tiene un compromiso con los derechos de la infancia y la adolescencia, como así lo atestigua la ratificación de diferentes acuerdos internacionales de Derechos Humanos, entre los que destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, así como las políticas de promoción de estos derechos y lucha contra las violencias contra la infancia. Teniendo en cuenta que los entornos digitales son hoy uno más entre los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la vida en sociedad, resulta necesaria esta norma que viene a regular y garantizar el disfrute de derechos de la infancia en estos entornos. Esta norma emana por tanto del artículo 20.4 de la Constitución Española que reconoce una especial protección al ámbito de la juventud y de la infancia, así como del artículo 39 que recoge el derecho a la protección integral de la infancia. También suponen antecedentes de la norma los artículos 33, 45 y 46 de la LOPIVI, entre otros. Ante la realidad de las oportunidades y riesgos que suponen los entornos digitales, corresponde al Estado poner en marcha medidas que aseguren el disfrute y promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia en este ámbito.

Asimismo, destaca que, desde el ámbito europeo también se han impulsado medidas y propuestas para la regulación de los entornos digitales en lo que respecta a los menores de edad. La Estrategia para los Derechos de la Infancia 2021-2024 llamó la atención sobre esta cuestión, siendo la sociedad digital y de la información una de las seis áreas temáticas que la conforman. En ella, además de señalar su enorme potencial en el ámbito educativo o para la reducción de determinadas brechas sociales, se apunta a la necesidad de adoptar medidas ante los riesgos que puede acarrear el mundo digital en áreas como el ciberacoso o la incitación al odio, además de la necesidad de introducir regulación para evitar los

problemas de salud que pueden derivar de una exposición excesiva a las pantallas. La Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños apuntaba en la misma dirección sobre la que ya han regulado o se encuentran en procesos regulatorios diferentes países de nuestro entorno. Esta norma responde también a los diferentes indicadores tanto de las instituciones supranacionales como de diferentes actores relevantes de la sociedad civil que sitúan algunas de las problemáticas derivadas de la exposición de la infancia y la adolescencia a los entornos digitales, de forma desregulada, como un problema de salud pública. Esta regulación por tanto garantiza el derecho de la infancia a crecer sin que su desarrollo se vea condicionado por la exposición a las pantallas, así como a poder hacer uso de los entornos digitales de una forma positiva, ya sea en el ámbito de la educación o como espacio de interacción social o acceso a la cultura y el ocio.

A lo que añade que, en ese sentido, la generación de espacios seguros en el ámbito digital para la infancia y adolescencia no puede hacerse de espaldas a esa parte de la población. Así, la norma dota de un papel activo a la infancia y adolescencia, reconocidas como sujetos de derechos que, a través de herramientas que se generan como la Estrategia Nacional sobre la Protección de la Infancia en el Entorno Digital podrán participar en el propio diseño, monitoreo y evaluación de las políticas públicas derivadas de la implementación de esta ley que les atañen de forma directa. En definitiva, lo que viene a delimitarse a través de la ley es el derecho a la protección ante los contenidos digitales que puedan resultar dañinos para su desarrollo y su derecho a poder tomar decisiones al respecto de los mismos, recibiendo información de forma adecuada para su edad. Estos derechos de la infancia y la adolescencia se desarrollan mediante las medidas y políticas descritas en el articulado de la ley, así como de las diferentes obligaciones que derivan de ellos para la administración y el sector privado, que desempeña un papel fundamental en este ámbito. La regulación genera así el marco necesario para el desarrollo de los compromisos adquiridos por España en materia de derechos de las personas menores de edad ante el papel creciente que juegan los entornos digitales como un plano más en el que se desarrolla la sociedad.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado el 13 de noviembre de 2024 por unanimidad el informe sobre el mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales.

El dictamen, preparado por la Comisión de Estudios e Informes y del que han sido ponentes los vocales Lucía Avilés y José Antonio Montero, valora de forma positiva la decisión del prelegislador de regular la protección “específica” de los/as menores en los entornos digitales, por cuanto se adecúa a los compromisos internacionales asumidos por España, así como a la normativa constitucional y legal y a la jurisprudencia.

La norma proyectada, de carácter integral y transversal, incluye medidas cuyos objetivos son mejorar la información respecto de los riesgos y de los beneficios del uso de los dispositivos digitales por las personas menores de edad; mejorar la acción de los servicios sanitarios, tanto desde la perspectiva de la prevención como de la asistencia; y reforzar la efectividad de los mecanismos de control para evitar el acceso de niños, niñas y adolescentes a contenidos inapropiados para su desarrollo personal.

El informe realiza, entre otras, las siguientes consideraciones: 1. Pena de alejamiento de los entornos virtuales: El anteproyecto introduce en el Código Penal —dentro del catálogo de penas privativas de derechos— la de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro espacio virtual. Si bien la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya admitió en 2022 la posibilidad de aplicar la pena de alejamiento no solo a lugares físicos, sino también al entorno digital, el Pleno del CGPJ considera muy positiva su regulación normativa, hasta ahora inexistente.

El anteproyecto también prevé la posibilidad de que el juez/a o tribunal suspenda la pena de prisión, en aquellos supuestos en los que resulte factible, poniendo como condición la prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas o cualquier otro espacio virtual.

El texto aprobado por el Pleno advierte de la conveniencia de establecer como obligatoria —y no como potestativa— este tipo de prohibición cuando sea sustitutiva de la pena de prisión con el fin de proteger a los/as menores de edad, tal y como está regulado cuando se trata de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido pareja o cónyuge. También señala la conveniencia de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la imposición de esta prohibición con el fin de que vigilen su cumplimiento.

También sugiere la posibilidad de que la prohibición de comunicación a través de cualquier dispositivo telemático pueda ser adoptada como medida cautelar, circunstancia que sería coherente con la necesidad de actuar de forma anticipada y preventiva con el fin de evitar daños mayores.

Finalmente, el informe llama la atención sobre la ausencia de una previsión específica sobre la reparación íntegra del daño cuando el delito se comete a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro espacio virtual. La “huella digital” de los efectos de la conducta delictiva constituye, señala, un “factor multiplicador del daño”.

2. Ultrafalsificaciones: El anteproyecto da tratamiento penal a la ultrafalsificación (deepfake), término que emplea en su exposición de motivos para hacer referencia a los videos, fotos y audios que no son reales, pero lo parecen gracias a una manipulación extrema de imágenes y/o sonidos. Este delito se integra entre los cometidos contra la integridad moral de las personas, diferenciándolo de los cometidos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen o contra el honor.

La inclusión de este nuevo tipo delictivo cumple con el mandato contenido en la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia de género y de la violencia doméstica, que pretende garantizar que este tipo de conductas no queden impunes en los Estados miembros.

El informe aprobado por el Pleno del CGPJ sugiere la inclusión de un subtipo agravado cuando la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad o cuando el autor sea el cónyuge o una persona unida a la víctima por una relación de afectividad análoga.

3. Enmascaramiento de identidad: El informe destaca la reforma del Código Penal contenida en el anteproyecto para incluir una serie de tipos agravados relacionados con el uso de identidades falsas como medio para facilitar la comisión de delitos contra menores de edad o personas con discapacidad. La finalidad de esta reforma es tutelar los intereses de niños, niñas y adolescentes ante la gran preocu-

pación existente por el acceso de los/as menores a contenidos pornográficos que pueden afectar a su desarrollo afectivo y de las relaciones sexuales.

Subraya el informe “se trata de situaciones en las que a través de estas falsas identidades se pretende atraer al menor o a la persona con discapacidad para ganarse su confianza su amistad o, al cabo, establecer algún tipo de conexión con ellos que allane la comisión del delito”.

La reforma prevé la imposición de la pena prevista para este tipo de delitos en su mitad superior cuando se utilice una identidad ficticia o imaginaria o una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias con el objeto de facilitar la comisión del hecho delictivo.

4. Sistemas de verificación de edad: El texto sometido a examen modifica la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) para establecer la obligación, por parte de los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, de establecer y operar sistemas de verificación de edad de los usuarios, en relación con los contenidos que puedan causar un perjuicio a las personas menores de edad, como la violencia gratuita o la pornografía. Estos sistemas deberán ser “por defecto” y deberán garantizar determinados niveles de seguridad y privacidad.

El anteproyecto también prevé la posibilidad de interrumpir el servicio o de retirar contenidos, medidas que podrán ser acordadas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) por incumplimiento de la obligación de establecer un sistema de verificación de la edad, siempre que ese incumplimiento atente o pueda atentar contra el principio de protección de la juventud y la infancia. Serán los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo los competentes para autorizar judicialmente esas medidas, según el procedimiento previsto hasta ahora solo para la protección de la propiedad intelectual.

El CGPJ advierte, asimismo, que la norma proyectada presenta relevantes déficits de precisión y seguridad jurídica respecto del estándar fijado por la jurisprudencia constitucional para las normas legales habilitantes de medidas restrictivas de derechos fundamentales. El informe señala, en este sentido, que el principio de protección de la infancia y la juventud al que se hace referencia es “una finalidad demasiado general como para cumplir las exigencias constitucionales de claridad y precisión como para hacer previsibles los supuestos en los que la CNMC podrá acordar alguna de las medidas de restricción de los servicios de la sociedad de la información”.

En consecuencia, se sugiere desde el citado Consejo al prelegislador una definición en términos precisos y claros del presupuesto que habilita a la CNMC para acordar alguna de las medidas, previa autorización judicial.

5. Consentimiento para el tratamiento de datos personales: El texto del Anteproyecto eleva de 14 a 16 años la edad de los/as menores para consentir el tratamiento de sus datos personales, lo que supone adecuar la legislación nacional a la normativa europea. Se trata de una modificación general de la edad en materia de protección de datos, una solución que el informe del CGPJ considera que favorece la seguridad jurídica al evitar que se establezcan regímenes especiales según el tipo de tratamiento de datos.

No obstante, el dictamen señala que la elevación de la edad para consentir tratamientos de datos personales puede producir una disonancia entre la capacidad

para el ejercicio del derecho a la protección de datos —para el que debe acreditarse haber cumplido los 16 años— y la capacidad exigida para ejercer otros derechos fundamentales como son los derechos a la intimidad y la propia imagen, para los que basta la suficiente madurez de juicio.

Pues bien, nos parece oportuno señalar que, la inteligencia artificial (IA) se ha convertido en una de las tecnologías más disruptivas y transformadoras de nuestro tiempo. Con ella, tenemos acceso a aplicaciones capaces de realizar tareas que antiguamente requerían inteligencia humana. Además, la IA ha traído avances significativos los campos de la imagen, como la fotografía o el video. Estas innovaciones han dado lugar a la creación de fotos falsas, conocidas normalmente como “deepfakes”. Se trata de imágenes de personas manipuladas con los algoritmos de IA, que las hacen parecer reales. Estas falsas fotografías se están utilizando ya para fines delictivos como difundir información engañosa o imágenes pornográficas no consensuadas.

En España, uno de los incidentes con fotos manipuladas que más impacto tuvo en los medios de comunicación sucedió en septiembre del 2023. Varias chicas menores de edad denunciaron que había fotografías suyas desnudas, manipuladas con IA, que se encontraban circulando en internet. Todo ocurrió en Almendralejo (Badajoz), donde las madres de las víctimas (de entre 12 y 17 años) denunciaron la situación. La Policía Nacional detuvo a varios menores implicados en el caso. Para crear estas fotografías, los adolescentes habían utilizado una aplicación de IA que era capaz de hacer un montaje hiperrealista intercambiando el rostro o el cuerpo original de la víctima por el de otra persona.

Lo cierto es que, probablemente, muchos de estos menores ni siquiera son conscientes de las implicaciones de este tipo de actos, lo cual demuestra una grave falta de empatía y de civismo. En esta ocasión, las deepfakes que crearon estos menores podrán ser consideradas como un delito de pornografía infantil. Según detalla el artículo 189 del Código Penal, se entiende por pornografía infantil todo material de un menor participando en una conducta sexual explícita, real o simulada. Además, las imágenes de las menores de Almendralejo suponen también una suplantación de la identidad y atentan contra la intimidad y el honor de las víctimas.

A medida que la policía identifica más casos de este tipo de montajes, parece más necesario que nunca analizar los peligros asociados a combinar menores y deepfakes, considerando también cómo se puede abordar este complicado tema. Para los expertos, la solución debe comenzar con la educación. Las escuelas y los padres deben trabajar juntos para sensibilizar a jóvenes y adolescentes sobre los riesgos asociados a la creación y difusión de imágenes falsas. También es esencial enseñarles a discernir entre imágenes auténticas y manipuladas, así como a comprender las consecuencias éticas y legales de participar en estas prácticas.

De acuerdo con los estudios de Deepttrace, una compañía especializada en ciberseguridad, 8 de las 10 principales páginas web de pornografía, incluyen contenidos creados a través de deepfake. Aunque cualquier persona es vulnerable a que su cara o cuerpo aparezcan manipulados en un video pornográfico, la empresa asegura que las mujeres se han convertido en las víctimas principales. Por eso han declarado, que desde edades tempranas se debe enseñar a hacer un uso seguro, responsable y saludable de las tecnologías.

Asimismo, conviene indicar que, recientemente, se ha elaborado un informe elaborado por 50 expertos y remitido el martes 3 de diciembre de 2024 al Consejo de Ministros. Incluye un diagnóstico de 150 páginas sobre el impacto de las tecnologías en los menores de edad, propone 107 medidas para la generación de un entorno digital seguro para los menores. Los trabajos que empezaron en marzo de 2024 bajo la presidencia de la vicepresidenta de la Asociación Europea para la Transición Digital Ana Caballero se han estructurado en seis grupos: salud, educación, privacidad, industria y consumo, derechos, participación y pornografía/violencia sexual.

Entre las medidas se impone: 1. El límite de uso de los móviles según la edad: en relación con el acceso de los menores a los dispositivos digitales, el comité de expertos recomienda no exponer en absoluto a los niños menores de tres años. A partir de esa edad hasta los seis años también se desaconseja su uso y se recomienda solo de forma puntual con el único fin de “mantener un contacto social, familiar o cuando se determine por resolución judicial”.

También plantea a los adultos que limiten el uso de los dispositivos en presencia de menores de 6 años. Y desde esa edad hasta los 12 años, indican los expertos, deberían tener prioridad las actividades vivenciales, como las deportivas, y se debería limitar el uso de los móviles bajo la supervisión de un adulto y para acceder puntualmente y con límites prefijados únicamente a contenidos adaptados a su edad y capacidad. De 12 a 16 años se deberán utilizar teléfonos analógicos —sin acceso a internet y limitado a las llamadas—. En caso de que las familias decidan entregar a los menores un móvil inteligente, se recomienda que lo hagan con herramientas de control parental instaladas en el dispositivo para monitorear el tiempo y los contenidos consumidos, y no permitir el acceso a redes sociales; 2. Medidas para la industria: etiquetado y control parental: Las empresas del sector tecnológico también deberían cumplir con algunas recomendaciones sobre los dispositivos digitales, como la inclusión de un etiquetado sobre los riesgos para la salud que conlleva el uso de dispositivos digitales y aplicaciones, y el acceso a contenidos no apropiados para el desarrollo de la infancia y adolescencia. Estas advertencias deberían estar redactadas en un lenguaje claro y accesible y aparecer en las pantallas al abrir una determinada aplicación o plataforma online, explicando los riesgos para la salud y el tiempo máximo de uso recomendado. También se recomienda que los fabricantes, generadores de software y productores de servicios digitales (plataformas, redes sociales, mensajería) tengan ya instalada “por defecto” la configuración de espacios seguros digitales con las medidas protectoras para menores de edad, lo que se denomina como control parental.

Otra de las medidas de este informe es la inclusión por parte de los fabricantes y productores de servicios digitales en los nuevos lanzamientos de un informe de impacto sobre los menores con recomendaciones por edades. 3. Protección de los derechos de los menores. En relación con la protección de los derechos de los menores, el comité plantea la regulación de las personas creadoras de contenido, incluidos los niños influencers.

Propone, por ejemplo, la “prohibición expresa de exponer a personas menores de edad en el contenido objeto de su actividad en la red”, independientemente de que esta actividad genere ingresos económicos directa o indirectamente. En este apartado, el comité insta especialmente a regular la práctica del sharenting

—compartir fotografías de menores en las redes sociales— por parte de personas creadoras de contenido o influencers.

Además, las expertas y expertos desarrollan en su documento la importancia de ampliar los estudios, las investigaciones y la evaluación de los efectos de los sistemas tecnológicos en la infancia, así como de promover campañas de sensibilización educativa, sanitaria y de participación.

Otro de los pilares del informe del comité es el plan de Alfabetización Mediática e Informacional, promovido activamente desde hace 10 años por la Unesco, con el objetivo de dotar a niñas, niños y adolescentes de las destrezas y herramientas necesarias para no estar desprotegidos en los espacios digitales; 4. Regulación del uso en los centros educativos: En el ámbito educativo, los expertos instan a regular el uso de los dispositivos digitales en los centros educativos, diferenciando entre los de uso privado del alumnado y los de los propios centros.

Los de uso privado del alumnado no deberían estar permitidos en educación infantil y primaria, y se deberían limitar a un uso como herramientas pedagógicas en secundaria.

Para los dispositivos de los propios centros se plantea la revisión contrastada de las aplicaciones, la eliminación de los sistemas de gratificación inmediata o el establecimiento de límites por edad, entre otros.

Por su parte, Australia es el primer país en aprobar una ley que prohíbe el acceso de menores de 16 años a las redes sociales. Para ello, las plataformas de redes sociales más importantes del mundo que operan en Australia tienen un año para desarrollar una serie de restricciones a su uso de acuerdo a una pionera nueva ley que prohíbe a los menores de 16 años utilizar estas aplicaciones. En realidad, las empresas tecnológicas que están detrás de las plataformas reconocen que, al menos en estos momentos, no tienen ni idea de cómo van a verificar la edad de sus usuarios. Pero si no encuentran la manera y las autoridades australianas, dentro de 12 meses, comprueban que los menores siguen utilizando regularmente y sin filtros TikTok, Facebook, Snapchat o X, se enfrentan a multas de hasta 49,5 millones de dólares australianos, que al cambio son alrededor de 30 millones de euros.

Precisamente, el Comité del Senado que ha respaldado el proyecto de ley ha planteado probar un sistema de verificación de edad que podría incluir datos biométricos o de identificación gubernamental, pero a la vez instan a las plataformas a no obligar a los usuarios a que se registren con su documento de identidad para demostrar su edad.

En todo caso, la responsabilidad final para implementar y hacer cumplir las reglas recaerá sobre el regulador de Internet de Australia, el Comisionado de Seguridad Electrónica, que ha sugerido a las empresas la posibilidad de utilizar un “servicio a terceros”, es decir, una especie de portal seguro de verificación intermediario que ayude a preservar la privacidad de los documentos de identidad de los usuarios.

El regulador también ha asegurado que los servicios de mensajería y las apps de juegos no estarán restringidas, al igual que los contenidos en YouTube. Y, asimismo, ha precisado que existirán excepciones para aquellas plataformas de redes sociales —controladas por la nueva ley—, que puedan crear “servicios de bajo riesgo” siempre que, sean considerados adecuados para niños, aunque todavía no se han establecido los criterios sobre esta última parte.

Se constata que “casi dos tercios de los australianos de entre 14 y 17 años han visto contenido extremadamente dañino en línea, como vídeos relacionados con el abuso de drogas, el suicidio o la autolesión, así como material muy violento. Para muchos jóvenes australianos, las redes sociales son muy perjudiciales”, como ha expuesto en el Parlamento la ministra de Comunicaciones, Michelle Rowland.

Ahora bien, otras naciones como Francia han promulgado en el año 2023 una regulación que obliga a redes sociales como Tik Tok a verificar la edad de los usuarios y obtener el consentimiento de los padres en el caso de menores de 15 años.

También Corea del Sur y China han aprobado sendas leyes orientadas a limitar el uso de internet respecto a los más jóvenes, en especial, por la preocupación existente en relación con la adicción a los videojuegos. En 2011, los surcoreanos aprobaron una ley que impedía a menores a jugar a juegos en la red entre las 22:30 horas y las 6:00 horas, pero la normativa fue posteriormente revocada.

Asimismo, en 2022 la Administración del Ciberespacio (CAC), el órgano que regula Internet en China, introdujo varias medidas para limitar el tiempo que los menores de edad pueden jugar a videojuegos: no más de tres horas semanales, de 20:00 a 21.00 horas de la noche los viernes, sábados y domingos. Para controlar esta medida se cumpla, se están utilizando parámetros de verificación de identidad y pruebas de reconocimiento facial.

En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre los derechos de la infancia a la luz de la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño, el Parlamento Europeo destacó la importancia de desarrollar y reforzar los sistemas nacionales y transnacionales integrados de protección de la infancia con recursos y sistemas de aplicación y seguimiento. En las Conclusiones del Consejo, de 9 de junio de 2022, relativas a la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño también se instaba a los Estados miembros a adoptar un enfoque integrado (coordinado y multidisciplinar) para la protección de la infancia. En el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones “Capacitación de los entes locales y regionales para instaurar sistemas integrados de protección de la infancia”, aprobado en el pleno del 17 y 18 de abril de 2024, el Comité de las Regiones también ha hecho hincapié en la necesidad de capacitar a los entes locales y regionales para instaurar sistemas integrados de protección de la infancia.

En base a lo expuesto, el presente estudio se va a centrar en la necesaria observancia del interés superior del menor y la tutela judicial efectiva en lo que representa el canon de razonabilidad reforzada, en especial en lo que constituyen las actuaciones de la administración y los entornos seguros y en la adopción de medidas de protección como el acogimiento y la adopción. Ciertamente el Tribunal Constitucional en estos dos últimos años ha resuelto varios asuntos desde el interés del menor como eje de la resolución que de tener en cuenta el Juez y que se aplique en estas resoluciones, asimismo, el llamado canon de motivación reforzada. En concreto, son siete sentencias: dos sobre adopción —sentencia, Pleno, de 27 de febrero de 2014; y, la sentencia, Sala Segunda, de 3 de junio de 2024¹; cuatro sobre el régimen de visitas y alimentos —sentencias, Sala Segunda, de 6 de marzo 2023²; de 8 de abril de 2024³; 23 de septiembre de 2024⁴; y, sentencia, Sala Primera, de 15 de enero de 2024⁵—; y otras dos relativas a cómo afectan las creencias religiosas de los padres en procesos de divorcio y separación en la formación de

los hijos, cuando, precisamente, los padres no están de acuerdo —sentencia, Sala Segunda, 20 de febrero de 2023⁶; y, sentencia, Pleno, de 14 de febrero de 2024⁷—.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL CANON DE RAZONABILIDAD REFORZADA

Respecto a la inserción en nuestro ordenamiento jurídico del principio de interés del menor, nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, precisa a su vez que dicho principio se proclama en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), “al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (exposición de motivos, artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

En el mismo sentido, entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, FJ 12; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 c); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4 B) c), y el Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre, FJ 4.

De este modo, se viene afirmando de manera reiterada la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5, y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, entre otras).

Corresponde en cada caso a los jueces y tribunales ordinarios determinar cuál es el interés superior de las personas menores de edad, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el artículo 2 de la citada Ley Orgánica 1/1996; e, incumbe a este tribunal, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor a fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencias del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 b); 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C); y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3).

El interés superior del menor representa un principio fundamental en la materia de protección de menores y adolescentes y, asimismo, un principio vertebrador de todas las instituciones de protección que, deberá prevalecer sobre el resto de los intereses legítimos⁸. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica

8/2015 se dota de contenido a lo que hasta ahora representaba un concepto jurídico indeterminado y que ha sido objeto de diversas interpretaciones. Efectivamente, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tras configurar el interés del menor como principio primordial en cuantas “acciones y decisiones” le afecten, consagra un principio interpretativo restrictivo de “las limitaciones a la capacidad de obrar” de los menores, pues estas “se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. Dicho interés debe interpretarse y aplicarse “en cada caso”, “atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto” (artículo 2.2) y tomando en consideración “los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior” (artículo 2.2 b)).

De significativa importancia es el establecimiento en la Ley Orgánica 1/1996, tras la citada reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, “los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado” (artículo 2.5 a)).

Este concepto, como precisa el Preámbulo de la citada Ley, se define desde un contenido tiple: 1. Es un derecho sustantivo, en el sentido que el menor tiene derecho a que cuando se adopta una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluado y en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2. Es un principio general interpretativo, de manera que cualquier normativa jurídica ha de ser interpretada conforme al mismo con el objeto de realizar la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; por lo que cualquier medida o actuación que se lleva a cabo sobre un menor en situación de riesgo o desamparo, debe operar con lo que es más efectivo y beneficioso para su interés⁹; y 3. Es una norma de procedimiento¹⁰.

Por lo que, a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad¹¹; el trascurso del tiempo en su desarrollo¹²; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad¹³; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, y, cualquier otro elemento que se considere pertinente y respete los derechos de los menores; y, en caso de concurrir con cualquier otro interés legítimo, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también estos otros intereses legítimos y, en caso de no poder respetarse estos, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir¹⁴. Además, toda medida en interés del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de febrero de 2022¹⁵: “no cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que los artículos 172.3 y 11.2 b) de la LOPJM) supeditan el reintegro del menor a su familia de origen. Como dice la sentencia 444/2015, de 14 de julio (RJ 2015,3279): “El interés que se valora es el de unos menores per-

fectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015,681)). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida”.

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre¹⁶ señala en su *Fundamento Jurídico tercero* que “para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (...) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de nuestra incumbencia examinar, si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales” y, recuerda, con cita de numerosos pronunciamientos de este tribunal, “la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000¹⁷, FJ 5). Deben procurarlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre¹⁸, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio¹⁹, FJ 2). Asimismo, ha advertido el Tribunal Constitucional en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, que su interés superior “inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 de la CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales” (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio²⁰, FJ 7”).

Al respecto también señala nuestro Tribunal que para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor “ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (...) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de incumbencia del Tribunal Constitucional examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002²¹, FJ 4, y auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero²²). Porque, una vez más se ha de subrayar que “el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional”.

Es importante destacar que “justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril²³, FJ 5); (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3, y 2/2024, de 15 de enero²⁴, FJ 2).

Entre los valores y derechos en liza que el órgano judicial ha de incluir en su juicio de ponderación se encuentran los deseos, sentimientos y opiniones del menor. La sentencia del Tribunal Constitucional 5/2023, de 20 de febrero²⁵, FJ 3, a la que nos remitimos, analizaba las disposiciones internacionales y nacionales que tratan de garantizar la participación de las personas menores de edad en los procedimientos que les afecten, en función de su edad y madurez, así como que su opinión, libremente expresada, sea tenida en cuenta en la ponderación de lo que debe considerarse en cada caso como interés superior del menor. En línea con las disposiciones internacionales que regulan la materia, el artículo 2.2 b) de la LOP-JM establece entre esos criterios generales “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”.

Asimismo, apunta la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, acogimiento y adopción, en consideración a que se encuentran en juego intereses de suma relevancia tanto de los menores afectados por la medida, como de sus padres, y de las personas que pretenden la adopción. Dicha doctrina se compendia en la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril, FJ 2º. Destaca que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de los menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de estos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes.

Por otra parte, glosa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el respeto a la vida privada y familiar, recordando que la retirada de la tutela de los menores no pone fin a la vida familiar y debe estar debidamente justificada, gozando las autoridades de libertad para evaluar la necesidad de hacerse cargo de un menor, siendo necesario un control más estricto sobre las restricciones adicionales, como las impuestas sobre el derecho de visitas.

En los casos en que las autoridades deciden reemplazar la medida de acogimiento por una más radical, indica que “tales medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo pueden justificarse por un requisito primordial concerniente al interés superior del menor” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2018, asunto S.S. c. *Eslovenia*). La doctrina del Tribunal se extiende a otras relaciones familiares, en las que se pone de relieve la diferente protección que se otorga a los progenitores respecto de las

relaciones con el resto de la familia extensa. A tal fin, el Tribunal ha declarado que la vida familiar abarca los lazos entre parientes cercanos, entre los que se encuentran los abuelos con sus nietos o nietas, ya que pueden jugar un papel importante en la vida familiar. Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos y nietos, por su propia naturaleza requiere un menor grado de protección que la de los progenitores con sus hijos.

Por otra parte, este tribunal tiene una asentada doctrina acerca de la flexibilización de las rigideces procesales y la ampliación de las facultades de los órganos judiciales en los procesos afectantes al Derecho de familia vinculada a la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la CE, muy en particular, en su apartado cuarto, en tanto que configura el estatuto jurídico del menor como una norma de orden público, de inexcusable observancia por los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

De este modo, los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros. Hemos recordado que “Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 de la CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos” (sentencias del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B), y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3).

En tal sentido, específicamente en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, este tribunal ha destacado que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar; que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3).

Así se ha afirmado que “dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad” (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, y 58/2008, de 28 de abril, FJ 2). De modo gráfico, ha indicado el Tribunal en esos mismos fundamentos en relación con tales procedimientos que “lo trascendental en ellos no es tanto su modo como el resultado”.

Finalmente, en esa misma línea argumental hemos destacado que la función encomendada en estos casos al juez no es solo la de juzgar y ejecutar lo juzgado

(artículo 117.3 de la CE), sino que, al ser concebida en el marco de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse, de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE, aquellas funciones que la ley les atribuya expresamente en garantía de cualquier derecho (sentencia del Tribunal Constitucional 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3).

En tal sentido, los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como hemos tenido ocasión de declarar, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2).

También se ha advertido entre otras en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, que: “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (...). Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”. Se podría afirmar que no basta procurar el interés del menor, sino que, atendido el contexto, dicho interés debe ser bien preservado, ya que en ocasiones soluciones aparentemente simples acaban por generar problemas complejos de difícil solución.

Asimismo, se ha sido destacado de modo completo en estos supuestos el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. Se puede afirmar que concurre en las autoridades públicas “el deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopesa con el deber de considerar el interés superior del niño” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia* § 85). De modo que “en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible” —sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros c. Noruega*, § 205—).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia* destaca que actualmente existe un amplio consenso en que el interés del menor dicta “que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el

desarrollo del niño (...). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (...) debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, “reconstruir” la familia” (§ 49). Reitera que puede haber “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del Convenio “entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos” (§ 50). Dicha relación “es diferente en naturaleza y grado” (§ 50) que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, “generalmente exige un menor grado de protección” (§ 50). En otros casos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) “el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminuía por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad” (§ 64), llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta “es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio” (§ 64), basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

Ahora bien, relacionado con el interés del menor es el derecho de éste de ser oído o escuchado.

Hace ya más de treinta años, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, dispuso en su artículo 12.2, la obligación de dar al niño “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Pocos años después, el derecho de audiencia del menor fue recogido en el apartado 15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992, al afirmar que “toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten”.

Posteriormente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce en su artículo 24.1 que “los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

En esta relación de instrumentos internacionales, debemos referirnos al Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015. Su objeto es promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, concederles derechos procesales y facilitarles “el ejercicio de esos derechos”; de modo que “sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial” (artículo 1.2). En “los procedimientos que afecten a un niño” la autoridad judicial, “antes de to-

mar cualquier decisión”, deberá “consultar personalmente al niño” de una forma “apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño” y “tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño” (artículo 6). Dicho convenio, se incardina en las normas procesales y es de aplicación específicamente —conforme establece la declaración contenida en el instrumento de ratificación— en “procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores”.

De significativa importancia es el establecimiento en la LOPJM, tras la reforma realizada por la mencionada Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, “los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado” (artículo 2.5 a)).

Este derecho a ser “oído y escuchado”, alcanza una gran proyección atendido el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños y la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, al establecerse en términos absolutos en el artículo 9 de la Ley 1/1996 que el “menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad (...) en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”, añadiendo que en “los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente” (artículo 9.1). El derecho a ser oído y escuchado se garantizará “cuando tenga suficiente madurez”, precisando que la “madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso” (artículo 9.2). Finalmente, como reflejo de la previsión del apartado 15 de la Carta europea de derechos del niño, se indica que “siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión” (artículo 9.3) y, se integra en el contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

Es, por ello, que el derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo²⁶, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre²⁷, FJ 5; en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril²⁸, FJ 7; 152/2005, de 2 de junio²⁹, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero³⁰, FJ 5).

Este mismo Tribunal ha establecido la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (artículo 24.1 y 2 de la CE) en un expediente de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de ahondar en si la audiencia del menor constituye un medio probatorio y, en su caso, la naturaleza de este.

En efecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha reconocido que la entrega a las partes del acta en que se documenta el resultado de la audiencia del menor, esto es, sus manifestaciones imprescindibles, significativas y estrictamente relevantes para la decisión del expediente, constituye “un instrumento perfectamente idóneo para procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión” (sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, 9 de mayo³¹, FJ 6), y con ello para preservar la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses, residenciando en los órganos jurisdiccionales la carga de salvaguardar sus derechos de defensa y contradicción, así como de que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias (sentencia del Tribunal Constitucional 12/2011, de 28 de febrero³², FJ 3 y las que allí se citan).

Como se afirmó en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019³³, FJ 7, refiriéndonos específicamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria, “la entrega del acta detallada a las partes, en suma, atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el artículo 24 de la CE. Una exigencia que, en este caso, se acentúa a la luz de lo dispuesto por el artículo 19.2 de la citada Ley 15/2015, que permite fundar la decisión judicial en los expedientes que afecten a los intereses de un menor en “cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados”.

En cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho: el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la CE), esto es, el derecho a una motivación reforzada de las resoluciones judiciales, cuando está concernido el interés superior del menor.

Una vez realizadas las precisiones anteriores, procede abordar la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (artículo 24 de la CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (artículo 10.1 de la CE), y con la protección de la familia y de los niños (artículo 39 de la CE).

Al respecto, es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva

que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, “que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5, y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras)” (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4).

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional también en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son, precisamente, los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6, y 113/2021, de 31 de mayo). Dado que la demandante de amparo identifica varios principios y valores constitucionales como aquellos que podrían haberse visto afectados por la medida, procede deslindarlos antes de enjuiciar el caso concreto.

Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, que “el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales”. Se trata, por tanto, como indica el *Fundamento Jurídico* 5º de la misma sentencia, de un canon “reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 de la CE”; de modo que la fundamentación judicial “debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir”.

También la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6, recogiendo lo expresado en otras anteriores, afirma que “hemos considerado que

la fundamentación “debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio” (sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (sentencia del Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio, FJ 6), y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6”).

Y en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3, hemos dicho que “justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril, FJ 5)”.

Respecto a la motivación reforzada (artículo 24.1 de la CE) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. El Tribunal Constitucional ha subrayado así que “establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas” (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4).

Nuestra jurisprudencia constitucional ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), el nombre y los apellidos (sentencias del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2), el sexo (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4), la expresión de género (sentencias del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio, FJ 3) y la edad (sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4). En la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el artículo 39.2 de la CE impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (artículo 10.1 de la CE), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la CE), así como de la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39.3 de la CE); en tanto se orienta a constituir, entre

los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

En este contexto procede referirnos a la aplicación tanto el interés superior del menor como el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la CE): derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho por parte del Tribunal Constitucional, sala Segunda, en dos sentencias de adopción. La primera ya citada de 27 de febrero de 2024 referida a un caso de maternidad subrogada dispone al respecto que, “Es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, “que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5, y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras)” (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4)”.

Como se ha manifestado en líneas precedentes que, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6, y 113/2021, de 31 de mayo).

Es, por ello, que en este caso la motivación reforzada (artículo 24.1 de la CE) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. Se ha subrayado por el Tribunal Constitucional que “establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder

desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas” (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4).

A la vez, ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), el nombre y los apellidos (sentencias del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2), el sexo (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4), la expresión de género (sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio, FJ 3) y la edad (sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4). En la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el artículo 39.2 CE impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva del ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (artículo 10.1 de la CE), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la CE), así como de la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39.3 de la CE); en tanto se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

Por otra parte, ha manifestado, asimismo, nuestro Tribunal Constitucional que, ningún precepto constitucional reconoce un derecho fundamental a adoptar. Tal y como ha subrayado este tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la adopción es “dar una familia a un niño, y no un niño a una familia” y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables” (sentencias del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, y 93/2013, de 23 de abril, FJ 12). También ha subrayado que el concepto constitucional de familia que el artículo 39.1 de la CE ordena proteger no solo incluye a las familias que tienen su origen en el matrimonio, pues,, como corresponde a una sociedad plural, ese concepto de familia protege también a aquellas basadas en relaciones de afectividad de hecho y, por tanto, a las parejas de hecho (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FFJJ 4 y 5, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 14). Igualmente, se ha destacado que la noción constitucional de familia incluye relaciones con o sin descendencia (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4) y que las relaciones paterno-filiales que el artículo 39.1 de la CE protege no son solo las naturales derivadas de la procreación, sino también las adoptivas, en tanto hemos entendido que es un hecho comúnmente aceptado que los hijos adoptivos se integran y constituyen una familia, aun-

que sus padres legales no se correspondan con los biológicos (por todas, sentencia Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, FJ 14).

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de vínculos familiares protegibles al amparo del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del CEDH en ciertos supuestos en los que existía una relación paterno-filial de hecho entre un menor de edad y quien se comportaba como su progenitor; aun en ausencia de vínculo biológico o jurídico (sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, § 117; de 26 de junio de 2014, asunto *Mennesson c. Francia*, § 45; de 26 de junio de 2014, asunto *Labassee c. Francia*, § 50, entre otras).

En el presente caso, la demandante de amparo alega al respecto que las resoluciones impugnadas no habrían tenido en cuenta el interés superior del menor B.R.K. (artículo 39 de la CE). En relación con esta materia, procede recordar que numerosos pronunciamientos de este tribunal subrayan que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según lo previsto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. Ese Tratado Internacional, ratificado por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, destaca entre los acuerdos internacionales a los que hace referencia el artículo 39.4 de la CE, además de constituir canon hermenéutico de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce *ex* artículo 10.2 de la CE (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4).

Según jurisprudencia constitucional consolidada, corresponde a los tribunales ordinarios la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor; “aunque es de nuestra incumbencia examinar si, precisamente, la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales” (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2). Una vez más hemos de subrayar que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente en supuestos en que se invoca el interés superior del menor (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras).

Pues bien, en el caso presente, la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de denegar la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania y la esposa del padre del menor; no implica que nos encontremos, según manifiesta el Tribunal Constitucional, ante un supuesto de denegación de inscripción en el registro civil español del nacimiento y filiación de un menor basado en certificaciones de un registro extranjero, ni tampoco ante una denegación de inscripción de relaciones de filiación declaradas por un tribunal extranjero. El menor B.R.K., figura inscrito en el registro civil español como hijo de don D.J.R.G., esposo de la demandante en amparo, y doña K.K., la gestante. La demandante de amparo promovió la creación del vínculo

adoptivo con el menor B.R.K., utilizando la vía privilegiada que prevé el artículo 176.2.2 del Código civil para el cónyuge o la persona unida por análoga relación de afectividad al progenitor del adoptando.

Como se explica con detalle en los antecedentes de hecho, el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid acordó constituir el vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor tras valorar el informe pericial social elaborado por la trabajadora social adscrita al juzgado, que destacaba la estabilidad del núcleo familiar formado por la demandante de amparo y su marido, así como su capacidad para cubrir las necesidades afectivas y educacionales del menor; y verificar que se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 175, en relación con el artículo 176.2.2, del Código civil, para la adopción, inclusive las preceptivas manifestaciones de voluntad para la constitución del vínculo de adopción por todos los interesados.

En su razonamiento, el juzgado recordaba que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno Derecho de todo contrato de gestación por sustitución. Esa previsión legal impide la inscripción en el registro civil español de una filiación basada en ese tipo de contrato por ser contraria al orden público internacional español. No obstante, continuaba el juzgado, a fin de evitar la situación de desprotección de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y reconocer los lazos familiares forjados con los padres de intención, cabe regularizar la situación familiar mediante la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y de figuras tales como la adopción o el acogimiento. Dado que, en el caso analizado, se instaba la adopción del menor B.R.K., y se cumplían todas las exigencias legales para acordarla, el juzgado entendía que procedía acceder a lo pedido a fin de evitar las incertidumbres jurídicas en la vida del menor que se derivarían de la denegación.

Asumiendo un posicionamiento diametralmente opuesto, la Audiencia Provincial de Madrid llegaba a la solución contraria. Tras aceptar los hechos probados en la instancia, entre los que se hallaba que don D.J.R.G., era el padre biológico del menor B.R.K., el tribunal reproducía el contenido del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, señalando que el citado precepto priva de toda eficacia jurídica a los contratos de gestación por sustitución, al tiempo que prevé el régimen de filiación del niño nacido de estos contratos: la filiación materna vendrá determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

El tribunal de apelación continuaba indicando que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, en tanto atentan contra la dignidad de la mujer, al tratar su cuerpo y sus funciones reproductivas como si fueran una materia prima.

Tras una extensa cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, el tribunal descendía al supuesto de hecho concreto, subrayando que el menor adoptando había nacido de un contrato de gestación por sustitución y que el único documento en el que don D.J.R.G.,

fundaba su paternidad biológica era la inscripción en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev, donde aparece como padre del menor. Constatando la posibilidad de fraude en la atribución de esa paternidad derivada del contrato de gestación por sustitución, la Audiencia Provincial de Madrid negaba todo valor jurídico a la filiación paterna establecida, señalando que quedaban “expeditas respecto del presunto padre las vías oportunas para la determinación de la relación biológica”. Asimismo, entendía que procedía denegar la adopción pretendida hasta que se hubiera acreditado la paternidad biológica conforme al ordenamiento español.

Finalmente, el tribunal hacía una única mención al interés superior del menor afectado, afirmando que “la denegación de la adopción, en nada afecta al interés del menor dado que continúa viviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa”.

Sobre tales bases, para el Tribunal Constitucional la valoración que se debe hacer del razonamiento que llevó a cabo la Audiencia Provincial de Madrid de revocar la resolución de la instancia, denegando la creación del vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor B.R.K., exige partir de una primera observación. Este tribunal constitucional es consciente que, en contextos como el analizado en el presente caso, en el que el nacimiento del menor ha tenido su origen en una gestación por sustitución desarrollada en el extranjero, la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos. No obstante, la resolución judicial impugnada incurrió en quiebras lógicas en su razonamiento que impiden las conclusiones alcanzadas y, por otro lado, no justificó suficientemente la solución alcanzada a la luz de los intereses del menor concernido y de los valores constitucionales en liza.

La Audiencia Provincial de Madrid debió pronunciarse, en el caso presente, sobre la adopción del menor B.R.K., por la demandante en amparo, que era cónyuge de quien consta inscrito en el registro civil español como padre del menor. Lejos de ceñirse al objeto del proceso, verificando si se daban los requisitos legales cuyo cumplimiento exige el artículo 175, en relación con el artículo 176.2.2 del Código civil, para la adopción en supuestos como el analizado, la Audiencia Provincial puso en tela de juicio la relación de filiación del menor B.R.K., con don D.J.R.G., sobre la base de “la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad” a la que aludía el Ministerio Fiscal en su recurso, deduciendo a partir de ese presunto fraude que no se daba uno de los requisitos esenciales para acceder a la adopción en el caso analizado, véase, que quien la solicitaba fuera la esposa del padre del menor adoptando.

Por lo que, el tribunal de apelación obviaba así que, conforme al artículo 113 del Código civil, la filiación se acredita, entre otras vías, por la inscripción en el registro civil y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (artículos 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil). Los asientos registrales de filiación pueden ser rectificadas cuando exista una discordancia entre lo inscrito y la realidad extrarregistral, bien conforme a lo previsto en la Ley del registro civil, bien en ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación

previstas en los artículos 136 y siguientes del Código civil. Sin embargo, en el caso objeto de análisis, no se había ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna, que constaba y consta inscrita en el registro civil, de modo que al verter dudas sobre la misma y derivar de esas dudas la denegación de la adopción, la Audiencia Provincial de Madrid incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable.

A lo expuesto es preciso reseñar que la parca valoración del tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor B.R.K., no satisface el canon de motivación especialmente reforzado que impone nuestra jurisprudencia en los casos en que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada. La resolución judicial enjuiciada se limitó a subrayar, en manifiesta contradicción con sus afirmaciones referidas al fraude en la determinación de la filiación paterna, que el interés superior del menor se veía preservado porque continuaría viviendo con la demandante de amparo y don D.J.R.G., su padre biológico. Esa afirmación atendía parcialmente a la realización de uno de los valores y derechos en liza, en tanto permitía al menor B.R.K., seguir disfrutando *de facto* de los vínculos familiares, que les unían a la demandante de amparo, a don D.J.R.G., y al hijo menor de ambos. Sin embargo, esa afirmación no tenía en cuenta la inseguridad jurídica que rodeaba esos lazos y el impacto de la misma en la construcción de la identidad del menor B.R.K.

Debemos apreciar, en consecuencia, que las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 de la CE, pues su fundamentación no puede considerarse respetuosa de las exigencias constitucionales de motivación por la insuficiencia de la argumentación que las sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la construcción de la identidad del menor B.R.K. (artículo 10.1 de la CE), así como la protección de los lazos familiares creados con la recurrente (artículo 39 de la CE).

Respecto al tema de la legitimación de los abuelos en el proceso de adopción de un nieto, habiéndose opuesto al acogimiento de ese menor por una pareja. Los tribunales no dejan intervenir a los abuelos y el menor es adoptado por esa pareja que lo tenían en acogida en 2028, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 3 de junio de 2024 dispone, al respecto, atendiendo a la complejidad procesal de la situación que examinó la jurisdicción ordinaria en la que ante tres juzgados distintos se solaparon junto con el procedimiento de adopción —en el que no se dio la posibilidad de intervención a los abuelos— otros dos procedimientos en los que los abuelos respectivamente se opusieron a la suspensión de la patria potestad y a la decisión denegatoria del acogimiento familiar y del régimen de visitas y los intereses de la máxima relevancia que se encontraban concernidos, entiende el Tribunal que, es preciso recordar la doctrina que debía tomarse en consideración antes de resolver el procedimiento de adopción, poniendo de relieve la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, este tribunal tiene una asentada doctrina acerca de la flexibilización de las rigideces procesales y la ampliación de las facultades de los órganos judiciales en los procesos afectantes al Derecho de familia vinculada a la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la CE, muy en particular, en su apartado cuarto, en tanto que configura el estatuto jurídico del menor como una norma

de orden público, de inexcusable observancia por los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000,141), FJ 5).

De este modo, los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros. Hemos recordado que “cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre (RTC 1984,120), FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 de la CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos” (sentencias del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012,185), FJ 4; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B), y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3).

En tal sentido, específicamente en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, este tribunal constitucional ha destacado que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio (RTC 1997,114), FJ 6; en el mismo sentido sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298), FJ 3).

Por otra parte, ha afirmado que “dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad” (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996,187), FJ 2; 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002,124), FJ 4; 75/2005, de 4 de abril (RTC 2005,75), FJ 3, y 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008,58), FJ 2). De modo gráfico hemos indicado en esos mismos fundamentos en relación con tales procedimientos que “lo trascendental en ellos no es tanto su modo como el resultado”.

Finalmente, en esa misma línea argumental hemos destacado que la función encomendada en estos casos al juez no es solo la de juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE), sino que, al ser concebida en el marco de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse, de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE, aquellas funciones que la ley les atribuya expresamente en garantía de cualquier derecho (sentencia del Tribunal Constitucional 93/1983, de 8 de noviembre (RTC 1983,93), FJ 3).

En tal sentido, los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como ha tenido ocasión de declarar este tribunal, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001,4), FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara,

sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2).

También ha advertido por el tribunal entre otras resoluciones, en concreto en la sentencia 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019,64), FJ 4, que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (...). Como detalla la Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”.

Por lo que, lleva al tribunal a afirmar que no basta procurar el interés del menor, sino que, atendido el contexto, dicho interés debe ser bien preservado, ya que en ocasiones soluciones aparentemente simples acaban por generar problemas complejos de difícil solución.

En este contexto, el último de los aspectos al que entiende el tribunal se ha de hacer necesaria referencia es, que ha sido destacado de modo completo por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones que: el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. De ahí que, concurre en las autoridades públicas “el deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopesa con el deber de considerar el interés superior del niño” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2018, asunto S.S. *c. Eslovenia* § 85). De modo que “en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible” —sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, asunto *Sirand Lobben y otros c. Noruega*, § 205—).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia* manifiesta “que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el desarrollo del niño (...). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (...) debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, “reconstruir” la familia” (§ 49). Reitera que puede haber “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del Convenio “entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos” (§ 50). Dicha relación “es diferente en naturaleza y grado que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, “generalmente exige un menor grado de protección” (§ 50). En otros casos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de

enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) “el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminuía por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad” (§ 64), llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta “es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio” (§ 64), basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto, en primer lugar, es preciso efectuar una valoración del procedimiento de adopción seguido en relación con el menor I.O.S., que finalizó con el auto de 18 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia por el que se acordó su adopción con la familia propuesta por la administración y la posterior desestimación del incidente de nulidad de actuaciones. Su examen permite advertir —como afirma el fiscal— que no se observaron, por la entidad pública primero y por el referido juzgado después, las exigencias derivadas de la doctrina de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente expuestas.

a) Las autoridades que intervinieron no garantizaron la participación de los abuelos en el procedimiento de adopción pese a la trascendencia de la decisión adoptada, atendida no solo la extraordinaria importancia de los intereses afectados, sino el interés legítimo que los abuelos ostentaban en la decisión que se iba a tomar a la vista de las concretas circunstancias del caso: esto es, la pendencia de dos expedientes de jurisdicción voluntaria en los que estaban personados como parte los recurrentes de amparo y cuya pretensión era inicialmente recuperar la patria potestad del menor I.O.S., que había sido suspendida por la Dirección General de Familias y Políticas Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Región de Murcia y posteriormente que se les concediera a los abuelos el acogimiento del menor I.O.S., en familia extensa.

En consecuencia, las resoluciones no tomaron en consideración a los efectos de escuchar a los recurrentes, ni la existencia de un poder especial otorgado por la madre en que manifestaba la voluntad de que fueran los demandantes de amparo los que se encargaran de la custodia de los menores en caso de incapacidad de la misma (artículo 249 del CC), ni la posterior imposibilidad de esta de intervenir tras su muerte.

Por otro lado, la propuesta de adopción y las resoluciones judiciales impugnadas tampoco valoraron, a los efectos de que los recurrentes pudieran defender sus pretensiones y el interés del menor en el procedimiento de adopción, la pendencia de los indicados expedientes de jurisdicción voluntaria instados por los recurrentes. En tales expedientes se cuestionaba precisamente la validez de las decisiones de la entidad pública que fueron el origen del procedimiento de adopción, por las que se apreció el desamparo del menor y se denegó a los recurrentes el acogimiento del mismo.

Por lo que, el órgano judicial al negarles la participación en el procedimiento de adopción no ponderó el incontestable, persistente y desatendido interés de los recurrentes de hacerse cargo de sus nietos, del que era buena muestra el contacto regular que mantenían a través del régimen de visitas fijado por resolución judicial, la pluralidad de procedimientos en curso —de los que el órgano judicial era

conocedor— desconociendo la doctrina anteriormente expuesta (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2).

Asimismo, procede indicar que, el proceder de las autoridades, atendidos los distintos procedimientos en curso, desconoció la exigencia constitucional de flexibilizar las rigideces procesales en aras a la protección del menor (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, FJ 5) y de ponderar los extraordinarios intereses en presencia (sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, FJ 2) y se sujetó de modo inflexible, para negarles la posibilidad de intervenir y de ser oídos en el procedimiento, a la ausencia de legitimación legalmente prevista.

Finalmente, la actuación del órgano judicial tuvo su expresa manifestación lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 de la CE), en el auto de 25 de octubre de 2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia. Dicho auto, pese al evidente interés legítimo y directo que tenían los demandantes en el resultado del procedimiento, y a la pendencia de dos procedimientos en que reclamaban el acogimiento del menor I.O.S., desestimó el incidente de nulidad y negó a los recurrentes “legitimación activa en el procedimiento de adopción” atribuyéndoles la intención de “paralización del procedimiento de adopción”.

Es, por ello, que la resolución judicial aceptó acríticamente sin motivación alguna, la propuesta de adopción formulada por la Dirección General de Familias y Protección de Menores. Ni por parte de la administración ni por el órgano judicial se valoró ninguno de los aspectos relevantes a los efectos de posibilitar la reintegración del menor en la propia familia de origen.

Asimismo, la entidad pública, al proponer la adopción y desechar el retorno a la familia de origen y el juzgado al aprobar la adopción propuesta, no ponderaron el dictamen emitido por la psicóloga y trabajadora social en el que se referían a las incuestionables capacidades de los abuelos para la crianza de los nietos al no existir elementos que interfirieran en las mismas, dada su situación social, laboral y familiar estable, “además de ser solventes económicamente”. Todo ello, pese a que no concurrían circunstancias particularmente inadecuadas que pudieran perjudicar la salud y el desarrollo del niño, se desechó la alternativa de conceder el acogimiento familiar en familia extensa, esto es, en favor de los abuelos, evitando cortar los lazos que significa separar al niño de sus raíces (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia*, § 50, y de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*, § 64).

En fin, ninguna de las circunstancias señaladas fue ponderada en la resolución estereotipada de 18 de febrero de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, por la que se acordó la adopción del menor I.O.S., por la familia propuesta por la entidad pública. Es por ello por lo que también se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes, ahora en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho (artículo 24.1 de la CE) en relación con la obligación de proteger el interés superior del menor (artículo 39 de la CE).

En suma, conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar la demanda de amparo y declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y, anular el auto 25 de octubre de 2021, dictado por el

Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia en el procedimiento de adopción y en la pieza de nulidad núm. NUM003-2020.

Queda para el Tribunal Constitucional tan solo precisar el alcance del amparo que se otorga, cuestión de la máxima importancia dados los muy relevantes intereses en presencia, singularmente los del menor adoptado (artículo 39 de la CE), pero también los de los demás afectados por la relación de filiación ya constituida. De ahí que, atendido el tiempo transcurrido, el restablecimiento de los demandantes en la integridad de su derecho exige que, con mantenimiento de la situación fáctica actual del menor concernido, se anule el referido auto con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial conforme a la doctrina expuesta, adopte las medidas necesarias para preservar los intereses del menor, valore las circunstancias concurrentes y dicte la resolución que proceda con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

III. NIVELES, ÁMBITOS Y ENTORNOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante una actuación integral que comprenda la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, junto con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley, comprendiendo para ello varios niveles y ámbitos de operatividad. Asimismo, en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. En todo caso, los poderes públicos garantizarán a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos violentos y, de delitos de naturaleza sexual, de trata o de violencia de género una atención integral para su recuperación a través de servicios especializados. Tal actuación integral se dirige a todas las Administraciones Públicas (estatal, comunidades autónomas y municipal o local).

Por otra parte, la intervención administrativa aparece necesariamente determinada por un conjunto de principios y criterios que, constituyen, a la vez, mandato y garantía de ajuste permanente de la misma, tanto a la esencia de lo que representa la acción protectora como tal, como al contenido de los derechos específicos que la propia ley reconoce a los menores protegidos. La prioridad de actuación en el entorno familiar, el respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor, la consideración de su participación en la toma de decisiones en función de su madurez, los principios de proporcionalidad e intervención mínima, y el interés superior del menor constituyen ejemplo de estos principios. Por otra parte, los derechos reconocidos a los menores como sujeto activo en la satisfacción de sus propias necesidades, a ser informado y oído en la toma de decisiones relativas a su protección, a recibir un tratamiento adecuado contribuyen junto a los principios o criterios de actuación a definir y concretar la actividad administrativa de protección. Corresponde a las Administraciones Públicas facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. Es, por ello, que habrán de articular políticas integrales

encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y los derechos de los menores; así, como impulsar políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales y el desarrollo de tales políticas; a tal fin, se ha de proporcionar los recursos y medios necesarios y, a garantizar a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados, que la propia discapacidad precise.

Para la consecución de tales objetivos, se establecen en el artículo 11.2 de la LOPJM como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con la protección de los menores los siguientes: a) La supremacía de su interés superior; b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional; c) Su integración familiar y social³⁴; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección; f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten; g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social; h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso; j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas; l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual; y, m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

En todo caso, cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación.

Asimismo, los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

Por otra parte, en los diferentes niveles de actuación de las Administraciones Públicas —sensibilización, prevención y detección precoz—, se enmarca la obligación por parte de la Administración General del Estado de disponer de una *Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia*, con especial incidencia en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; a la par que, se incide en la necesidad que las administraciones públicas, se impliquen con el establecimiento de planes y programas específicos de prevención

de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, identificando para ello grupos de riesgo y dotando a tales planes y programas de recursos presupuestarios específicos. También habrá que operar en la necesidad de establecer medidas de sensibilización, prevención y detección precoz frente a los procesos de radicalización y adoctrinamiento que, conducen a la violencia (artículo 21 de la LOPIVI). Ahora bien, dicha Estrategia de erradicación de la violencia se elaborará atendiendo al contenido de la Estrategia Nacional de Infancia y Adolescencia y, asimismo, ha de contar con la participación del Observatorio de la Infancia, las Entidades del tercer sector, la sociedad civil y, en especial, con los niños, niñas y adolescentes, a través éstos últimos del Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia. Por otra parte, se ha aprobado durante el mandato de la ex Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2023 Ione Bellarra Urteaga, la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia que tiene como propósito garantizar el cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos de los niños y niñas a una vida libre de violencia que permita el desarrollo de todo su potencial y a tener una infancia feliz. Cubre el periodo 2023-2030 y contiene cinco áreas estratégicas, para cada una de las cuales se establece un objetivo, una serie de líneas de actuación, así como las medidas más importantes y sus respectivas metas para evaluar el impacto. Para facilitar su seguimiento se incluye en el anexo 1 un cuadro de las medidas, actores, responsables de su ejecución y posibles indicadores. Respetando las normas y los procesos presupuestarios, se propondrán planes operativos con objetivos, presupuestos y cronograma, concretando mejor la Estrategia. Cada Plan tendrá una evaluación y memoria económica. Ahora bien, como se manifiesta en la propia Estrategia no se pretende recoger una enumeración exhaustiva de todas las acciones necesarias para la erradicación de la violencia, sino impulsar un proceso en torno a las cinco áreas estratégicas claves para alcanzar ese objetivo. Para tal fin, la Estrategia define una serie de directrices generales y medidas que pretenden garantizar un estándar de protección y prevención. Dentro de dicho proceso deberá existir una coordinación y colaboración entre las diferentes Administraciones, entidades y organizaciones que, en el marco de este estándar garantista, aseguren la implementación de las actuaciones. En fin, con esta estrategia se pretende conseguir las siguientes transformaciones: concienciación social; tolerancia cero; entornos protectores; especialización para garantizar una atención especializada, multidisciplinar y espacios amigables para todos los niños, niñas y adolescentes que han sufrido violencia; y, coordinación eficaz entre servicios, administraciones y otros actores que garantizarán un enfoque multidisciplinar y la eficiencia, la eficacia y calidad de la acción.

Sobre tales bases, las actuaciones de los poderes públicos, instituciones, sociedad civil, profesionales, familiares y otras personas implicadas en la implementación de la Estrategia adoptarán las siguientes enfoque y principio. En cuanto a los enfoques: enfoque de derechos de la infancia; enfoque de género; enfoque de discapacidad; y enfoque de interculturalidad. Respecto a los principios: buen trato: como todo aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, garantizarles cuidado cálido y cercano que se ajusta a sus necesidades y fases de desarrollo y que proporciona figuras vinculares seguras. El buen trato, en consecuencia, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflic-

tos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes; supervivencia y desarrollo pleno e integral; interés superior; igualdad y no discriminación; participación y protagonismo; principio de accesibilidad universal; diligencia debida: los poderes públicos deben actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y reparar todos los actos de violencia hacia la infancia y proteger a las víctimas; multidisciplinariedad, transversalidad e interseccionalidad; principios reguladores de la actuación de las Administraciones Públicas. En fin, se definen *los niños, niñas y adolescentes*: respetando el ámbito de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, en esta categoría se incluyen todas las personas menores de 18 años; *violencia*: “Se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a un niño, niña o adolescente 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” (artículo 1.2 de la LOPIVI). La violencia se presenta en múltiples formas que requerirán diferentes estrategias de prevención, detección e intervención. Incluye: el maltrato físico, psicológico o emocional; los castigos físicos, humillantes o denigrantes; el descuido o trato negligente; las amenazas, injurias y calumnias; todas las formas de acoso (incluidos el acoso escolar, el sexual, el laboral y el ciberacoso); la violencia perinatal; la trata de seres humanos con cualquier fin; la explotación de cualquier tipo, incluida la sexual (como la explotación en la prostitución y a través de materiales de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, conocida como “pornografía infantil”), la explotación laboral y la venta; otras formas de violencia sexual, como la violación, el abuso y acoso sexuales, la extorsión sexual, la corrupción, la solicitud y el acceso no solicitado a pornografía; todas las formas de violencia de género (física, psicológica y sexual), incluidas el acoso y las agresiones sexuales, la mutilación genital, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el aborto y la esterilización forzosa; la exposición a la violencia de género y a otros comportamientos violentos en el ámbito familiar; la difusión pública de datos privados; la violencia institucional, incluyendo la administrativa; *atención o protección integral*: La protección integral es la promoción de entornos seguros y protectores que garanticen el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente y la plena implementación de sus derechos humanos en la línea que estructura e inspira la LOPIVI. Este enfoque va más allá de la erradicación de la violencia contra la infancia y adolescencia, sitúa al niño, niña o adolescente, sus necesidades y derechos en el centro de la actuación y establece conexiones necesarias entre los entornos donde se desarrolla su vida. Dichos entornos incluyen el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de la justicia, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El Artículo 12 de la LOPIVI enumera las medidas prioritarias de atención integral; *situaciones de vulnerabilidad*: Los niños, niñas y adolescentes pueden encontrarse en situaciones que creen o aumenten su vulnerabilidad a la violencia. Entre dichas situaciones destacan tener una discapacidad, tener de cero a tres años, el origen racial, étnico o nacional diverso, una situación de desventaja económica, el pertenecer al colectivo LGTBI, el tener una orientación o identidad de género diversa, la experiencia migratoria, ser solicitante o beneficiario/a de protección internacional o temporal y el carecer de cuidados parentales o estar en

riesgo de perderlos (las causas de vulnerabilidad citadas están mencionadas en el artículo 2.3.b de la LOPJM y en el artículo 5.4 de la LOPIVI); *servicios amigables o adaptados*: Se trata de sistemas que garantizan el respeto y la efectiva realización de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes al más alto nivel posible, teniendo presentes en particular los principios de participación, de no discriminación, del interés superior y de supervivencia y desarrollo. Esto supone, en particular, que la concepción y el funcionamiento de los servicios tales como la justicia, los servicios sociales y sanitarios se adaptan a las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente y protegen su integridad, dignidad y privacidad, son accesibles, disponibles, diligentes, cuentan con profesionales formados en materia de infancia y adolescencia y comunican de forma adaptada a las capacidades, edad y madurez del niño, niña o adolescente. Los entornos seguros generan espacios cálidos que brindan al niño, niña o adolescente la seguridad emocional necesaria para poder ser protagonista de las decisiones que le afectan. Los sistemas amigables son multidisciplinarios, practican la atención integral y comunican y se coordinan entre ellos poniendo el bienestar del niño, niña o adolescente en el centro. Evitar la revictimización o victimización secundaria es uno de sus objetivos; *entornos seguros*: Un entorno seguro se define como aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social; y *parentalidad positiva*: Se entiende como el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda, acogimiento o cualquier otra forma de cuidado alternativo, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes (artículo 26.3.a) de la LOPIVI). En este concepto, se incluye la parentalidad digital.

En todo caso, anualmente deberá, el órgano ministerial al que corresponda el impulso y aplicación de esta Estrategia, elaborar un informe de evaluación acerca del grado de cumplimiento y la eficacia de dicha Estrategia. No obstante, en la realización de dicho informe colaborarán los Ministerios de Justicia, Interior, Sanidad, Educación y Formación Profesional y el Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil. En los resultados de tal informe anual de evaluación se concretarán los datos estadísticos disponibles sobre la violencia hacia la infancia y la adolescencia, se harán públicos para un conocimiento general de los sectores implicados y de la población en general, y serán tenidos en cuenta para la elaboración de aquellas políticas públicas dirigidas a la protección de la infancia y adolescencia.

Pues bien, en este contexto, no debemos olvidar que, las medidas administrativas que se adopten pueden ser objeto de oposición. De todas formas, en la disposición final novena de esta Ley Orgánica 8/2021 se modifican, precisamente, los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre las novedades, se prevé que las personas menores de edad podrán elegir, ellos mismos, a sus defensores, se reducen los plazos del procedimiento, y se contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares; y, además, se fija un plazo máximo de tres me-

ses, desde su iniciación, en los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Sobre tales bases y en la línea de esta necesaria protección integral contra la violencia en la disposición final decimoséptima de esta Ley Orgánica 8/2021 se había previsto la creación del *Consejo Estatal de Participación de la Infancia y la Adolescencia* por parte del Gobierno en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley —su entrada en vigor ha tenido lugar el 25 de junio de 2021—, con el objeto de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas nacionales que afecten a niños, niñas y adolescentes. Esta creación ha tenido lugar por Orden DSA/1009/2021, de 22 de septiembre³⁵.

Constituye un órgano permanente y estable de consulta, representación y de participación de las niñas, niños y adolescentes adscrito al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para que aquéllos/as expresen libremente sus ideas; propongan medidas; defiendan el reconocimiento social de sus derechos; formulen propuestas sobre cuestiones que, les afectan de ámbito estatal; y, en fin, sean el portavoz e interlocutor de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas.

Estará formado por niñas, niños y adolescentes con edades comprendidas entre 8 y 17 años en el momento de su designación. Éstos/as participarán a título voluntario y en representación del colectivo o colectivos que, los hayan propuesto y elegido en el Consejo de Participación; y formarán parte de la Asamblea como miembros de pleno derecho con voz y voto.

Ahora bien, para ser elegidos miembros del citado Consejo los niñas, niños y adolescentes deberán formalizar su candidatura con un aval del grupo al que pertenece para que, garantice su idoneidad para representar un interés colectivo y, con una presentación individual que, podrá ser por escrito o mediante otra forma de expresión —*vgr.*, también audiovisual—, en la habrá de explicar: en primer lugar, los motivos por los que quiere formar del Consejo de Participación; en segundo lugar, qué intereses colectivos en materia de derechos de la infancia representará durante su permanencia; y, en tercer lugar, cómo vehiculizará la participación del resto de niñas, niños y adolescentes que, forman parte de la estructura, organización o colectivo que, le ha avalado en su candidatura.

Asimismo, las niñas, niños y adolescentes participantes deberán presentar un documento firmado, con el visto bueno de sus progenitores, tutores o guardadores legales, en el que manifiesten que conocen su voluntad de ser miembro y su deseo de participar en el Consejo de Participación. Una vez designados, deberán presentar una autorización o documento que, les habilite para participar en las actividades propuestas durante su mandato, así como la cesión de sus derechos de imagen en calidad de miembro del Consejo de participación (artículo 3.5 y 6). Si bien, tanto la convocatoria, los criterios que se apliquen, como la selección de las candidaturas, así como un listado de suplentes se canalizará a través del Observatorio de la Infancia, dependiente del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

La elección de los candidatos/as será propuesta por otras niñas, niños y adolescentes pertenecientes tanto a estructuras participativas municipales y autonómicas, como procedentes de organizaciones, asociaciones, entidades, colectivos o plataformas de ámbito estatal que, tienen como misión defender, garantizar y pro-

mover los derechos de la infancia, y contemplar canales de participación infantil en sus procesos de toma de decisiones (artículo 3.4).

La duración máxima del mandato de cada representante no podrá exceder de 4 años, realizando una renovación de las niñas, niños y adolescentes miembros del Consejo de Participación, en sus diferentes órganos, cada dos años. En el supuesto que, una de las personas miembro del Consejo de Participación haya cumplido 18 años durante su mandato, no podrá optar a renovarlo por otro período de dos años hasta el máximo de 4 (artículo 6). De todas formas, aunque, la mayoría de edad sea una de las causas por las que se pierde la condición de miembro del Consejo; no obstante, puede permanecer como miembro hasta que finalice su mandato.

Ahora bien, como hemos indicado en líneas precedentes, forman parte del Consejo de Participación las niñas, los niños y adolescentes de edades entre 8 y 17 años y, además, en la composición de aquél, a través del Observatorio de la Infancia, se establecerán los criterios que, garanticen una representación paritaria y equitativa de, al menos, el 22% de participación de cada una de las representaciones de las niñas, niños y adolescentes. Ciertamente, como se precisa en esta Orden, se ha de procurar que, la participación de éstos/as en el Consejo tenga lugar, precisamente, en condiciones de igualdad y paridad, sin ninguna barrera (de género, de origen, de etnia, económica, racial, de movilidad, de funcionalidad, lingüística, etc.) que, impida el acceso de grupos de niñas, niños y adolescentes más vulnerables, favoreciendo con ello su participación. Se trata de un órgano consultivo de participación de la infancia y adolescencia en defensa de sus intereses y a través del que se garantiza el ejercicio efectivo de su participación como tal grupo de población interesado en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas nacionales que les afecten, sean adoptados en el ámbito estatal, autonómico o local.

Este Consejo tiene como *funciones*: a) Proponer a los órganos de la Administración General del Estado y otros organismos de ámbito nacional iniciativas, propuestas y recomendaciones para promover los derechos de la infancia y la adolescencia o atender otras necesidades y cuestiones que afectan a niños, niñas y adolescentes para mejorar sus condiciones de vida; b) Colaborar con los órganos de la Administración General del Estado y con la Conferencia Sectorial de la Infancia y Adolescencia, en el ejercicio de sus funciones, actuando como cauce de comunicación de las opiniones de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de los procedimientos de consulta directa que estos puedan llevar a cabo; c) Participar en la elaboración, seguimiento y evaluación de la Estrategia de Derechos de la Infancia y la Adolescencia y de sus Planes Operativos; d) Impulsar, atender y canalizar consultas de carácter facultativo respecto de los proyectos normativos, planes, estrategias y programas de la Administración General del Estado que afecten a la infancia y la adolescencia y, en particular, respecto de aquellos llevados a cabo por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030; e) Favorecer la visión positiva de las niñas, los niños y los adolescentes y contribuir a sensibilizar a la sociedad sobre la importancia de la participación de la infancia y la adolescencia como parte de la ciudadanía activa; f) Difundir las inquietudes, preocupaciones y opiniones de las niñas, niños y adolescentes en representación de un interés colectivo partiendo de los derechos de la infancia e integrando la perspectiva de equidad, de género y de igualdad de trato y no discriminación; g) Participar en procesos de

supervisión de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos en España por parte del Comité de los Derechos del Niño; h) Participar en mecanismos de participación infantil supranacionales, especialmente de la Unión Europea y el Consejo de Europa; i) Mantener relación con otros órganos de participación a nivel municipal, autonómico y estatal de los que forman parte personas menores de edad; j) Impulsar la realización de campañas, jornadas y espacios de aprendizaje y reflexión que visibilicen las aportaciones de la infancia y la adolescencia en la sociedad y potencien la participación infantil; y, k) Cualquier otra que se acuerde en el marco de las funciones y finalidades establecidas (artículo 2).

Ahora bien, para el ejercicio de sus funciones el Consejo habrá de aprobar sus propias normas de funcionamiento mediante el desarrollo de un reglamento interno que, será elaborado por las niñas, niños y adolescentes miembros de la Asamblea. Si bien, éstos/as delegarán la redacción inicial del documento a debatir y aprobar en el Grupo Motor.

Por otra parte, el Consejo de Participación tendrá los siguientes *órganos*: 1º La Asamblea integrada por la totalidad de las 34 niñas, niños y adolescentes miembros del Consejo de Participación que, se reunirá al menos dos veces al año, una vez por semestre. Puede, asimismo, reunirse de forma extraordinaria cuando lo decida el Grupo Motor; o a petición del 20% de sus miembros. En su composición se habrá de tener en cuenta: a) La representatividad territorial a través de las niñas, niños y adolescentes miembros de consejos de participación de la infancia municipales y autonómicos; b) La representatividad de grupos sociales especialmente vulnerables a la discriminación a través de la participación de niñas, niños y adolescentes con quienes se puedan sentir identificados otras personas menores de edad que pertenecen a estos grupos y colectivos; y, c) La representatividad de niñas, niños y adolescentes que, forman parte activa de organizaciones, asociaciones, entidades, colectivos o plataformas de ámbito estatal que tienen como misión defender, garantizar y promover los derechos de la infancia y contemplan canales de participación infantil en la toma de decisiones.

No obstante, la Asamblea podrá contar con el acompañamiento de dos técnicos/as adultos/as designados por la Dirección General de Derechos de la Infancia y la Adolescencia con una función dinamizadora que, respetará la autonomía de la Asamblea sin incidir en su funcionamiento, ni sus decisiones. Esa función dinamizadora suponemos se concretará en el reglamento interno de funcionamiento del Consejo, pues, se trata de un concepto jurídico indeterminado.

De todas formas, podrá asistir a las Asambleas que, se convoquen con voz, pero sin voto, un representante de la Dirección General de Derechos de la Infancia y Adolescencia, adscrita al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (artículo 4.4).

2º El Grupo Motor es el órgano que desarrolla el plan de trabajo aprobado por la Asamblea que: por un lado, coordina las acciones y proyectos; y, por otra, representa al Consejo de Participación. Se habrá de reunir de forma ordinaria, al menos cada dos meses. Está integrado por cinco niñas, niños y adolescentes miembros de la Asamblea que serán elegidos por las propias niñas, niños y adolescentes y se organizarán entre ellos conforme se establezca en su norma de funcionamiento.

3° Las Comisiones de Trabajo se conforman para desarrollar acciones concretas encargadas por la Asamblea o el Grupo Motor. En su seno elegirá al responsable de cada Comisión de trabajo, que deberá ser comunicado al Grupo motor. Pueden operar con carácter temporal o permanente. Se encargarán de elaborar informes, hacer propuestas o recomendaciones e impulsar buenas prácticas sobre su ámbito concreto de trabajo; y, en todo caso, deberá rendir cuentas en la Asamblea, además de compartir sus conclusiones.

4° La Secretaría técnica es la encargada de dar apoyo técnico, asistir, asesorar y facilitar la tarea del Consejo de Participación. La asumirán dos personas adultas de perfil técnico designadas por la Dirección General de Derechos de la Infancia y la Adolescencia. Si bien, esta Secretaría técnica respetará la autonomía del Consejo sin incidir en sus decisiones y acuerdos.

Ahora bien, en la línea de lograr la aplicación óptima de la Ley, en concreto de las medidas y obligaciones establecidas, se exige tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias que, doten a los Juzgados y Tribunales de aquellos medios personales y materiales que, resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de las nuevas obligaciones legales. Asimismo, se deberá dotar a los Institutos de Medicina Legal, Oficinas de Atención a las Víctimas, órganos técnicos que presten asesoramiento pericial o asistencias y servicios sociales de los medios materiales y personales necesarios, precisamente, para que puedan cumplir adecuadamente con los fines y obligaciones encomendadas en esta Ley (Disposición Adicional Primera de la LOPVI). Ciertamente, si no se prevé una importante dotación presupuestaria para todos los sectores implicados en la aplicación efectiva de la Ley, supondrá que, no se pueda dar efectivo cumplimiento a la misma por falta de medios personales y materiales, que repercutirá de forma negativa en la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia y, será una Ley ineficaz en sus objetivos.

De todas formas, las actuaciones derivadas de la aplicación y desarrollo de esta Ley que, impliquen directamente al personal de las Administraciones Públicas, habrán de ajustarse a las normas básicas de gastos de personal que, sean de aplicación.

Por otra parte, las Administraciones Públicas competentes promoverán la capacitación de las personas menores de edad para que tengan herramientas suficientes para detectar situaciones de violencia (artículo 25.3 de la LOPVI) y, para evitar la revictimización de los niños y niñas víctimas de violencia en los procesos judiciales (victimizaciones secundarias) se establece la obligatoriedad de la prueba preconstituida cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Por lo que, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores (artículo 449 bis de la LECrim)³⁶. Con esta prueba se legitima la prevención de riesgos y el interés superior del menor. Y, como indica acertadamente SÁNCHEZ MELGAR³⁷ si se quiere evitar la presencia de un menor en juicio, esto es, su no comparecencia, lo que se debe proceder, es a grabar la exploración previa que se realice al mismo, con el fin que luego el tribunal del juicio pueda observar su desarrollo y, darse, asimismo, a la defensa la oportunidad de presenciar dicha exploración.

En fin, con el objeto de obtener datos de seguimiento de esta Ley en el ámbito de la opinión pública, se encomienda al Centro de Investigaciones Sociológicas

que anualmente realice una encuesta acerca de las opiniones de la población, tanto adulta como infantil y adolescente, respecto a la utilidad y aplicación de las medidas establecidas en esta Ley y en relación con la violencia ejercida sobre niños, niñas y adolescentes. No obstante, en esta encuesta se tendrá presente la perspectiva de discapacidad y de género y, asimismo, se garantizará que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad estén representados entre las personas encuestadas. Los resultados que se contengan en este informe deberán ser posteriormente incluidos en el informe anual de evaluación de la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia que, se elabora anualmente (Disposición Adicional tercera de la LOPIVI).

1. NIVELES DE ACTUACIÓN

A. Sensibilización

Para la eliminación de la violencia contra la infancia y adolescencia resulta esencial sensibilizar a la sociedad sobre esta realidad y su implicación. Recuerde-mos que entre los fines de la LOPIVI está: “a) Garantizar la implementación de medidas de sensibilización para el rechazo y eliminación de todo tipo de violencia sobre la infancia y la adolescencia, dotando a los poderes públicos, a los niños, niñas y adolescentes y a las familias, de instrumentos eficaces en todos los ámbitos, de las redes sociales e Internet, especialmente en el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, del ámbito judicial, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio, de la Administración de Justicia y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad” (artículo 3).

Para ello, las administraciones públicas, en primer lugar, deberán *promover campañas y acciones concretas de información destinadas a concienciar a la sociedad* acerca del derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir un buen trato y a no ejercer ningún tipo de violencia sobre los mismos. Dichas campañas incluirán, asimismo, medidas contra aquellas conductas, discursos y actos que favorecen la violencia sobre la infancia y la adolescencia en sus distintas manifestaciones, incluida la discriminación, la criminalización y el odio, con el objetivo de promover el cambio de actitudes y concienciar a la sociedad, en aras a lograr un contexto social libre de cualquier forma de violencia. En segundo lugar, *deberán impulsar campañas específicas de sensibilización para promover un uso seguro y responsable de Internet*, desde un enfoque de aprovechamiento de las oportunidades y su uso en positivo de las nuevas tecnologías, incorporando la perspectiva y opiniones de los propios niños, niñas y adolescentes. Estas campañas se realizarán de modo accesible, diferenciando por tramos de edad, de manera que se garantice el acceso a las mismas a todas las personas menores de edad y especialmente, a aquellas que por razón de su discapacidad necesiten de apoyos específicos (artículo 22 de la LOPIVI). En todo caso, también se han de promover campañas y medidas dirigidas a los progenitores orientadas a concienciar a éstos y, por ende, a sus hijos menores de edad, de proceder a un uso responsable de las nuevas tecnologías y de la posibilidad de imponer ciertos límites desde su posición de representantes legales a través de controles parentales; en tercer lugar, con el *objetivo de prevenir*

la radicalización de los niños, niñas y adolescentes, las administraciones públicas competentes adoptarán las medidas de sensibilización, prevención y detección precoz con el objeto de proteger a las personas menores de edad frente a los procesos en los que prime el aprendizaje de modelos de conductas violentas o de conductas delictivas que conducen a la violencia en cualquier ámbito en el que se manifiesten, así como para el tratamiento y asistencia de las mismas en los casos en que esta llegue a producirse. En todo caso, se proporcionará un tratamiento preventivo que incorpore las dimensiones de género y de edad (artículo 24 de la LOPIVI). Y, en fin, como otra actuación más de sensibilización las Administraciones Públicas desarrollarán programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar, precisamente, la *promoción intrafamiliar del matrimonio infantil*, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad (artículo 26.2 i) de la LOPIVI). En todo caso, estas campañas de sensibilización serán evaluables y basadas en la evidencia.

Ahora bien, entre éstas hay que destacar las que tienen lugar con el uso seguro y responsable de internet. A tal fin, las Administraciones públicas desarrollarán campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad sobre el uso seguro y responsable de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como: el *ciberbullying*, el *grooming*, la ciberviolencia de género o el *sexting*, así como el acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad (artículo 45.1 de la LOPIVI)³⁸.

Precisamente, en el citado Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en entornos digitales se propone modificar la edad para prestar el consentimiento para el tratamiento de datos personales de 14 a 16 años para el uso de determinados servicios, plataformas y contenidos digitales³⁹. Para ello, los fabricantes de dispositivos digitales, las redes sociales por ejemplo, (Meta) tendrán que incluir información sobre inmediata de protección de datos y riesgos relacionado con la privacidad y la seguridad. Precisamente, se prohíben a las personas menores de edad los denominados *lootboxes*, un mecanismo aleatorio de recompensa característico de los videojuegos, a los que pueden acceder adquiriéndolas con objeto de juego, monedas virtuales o dinero real.

Aunque el Anteproyecto de Ley no lo indica expresamente debería obligarse a los operadores de internet (plataformas como Meta) que posibilitan el acceso a contenido creado por otros usuarios que, contrario a la ética y en la mayoría de las ocasiones ilícito y delictivo que, impongan herramientas que permitan al usuario que se sienta afectado o dañado que pueda reportar a la propia red social para que retiren su contenido; o dar una mayor libertad de actuación a los moderadores de contenidos en cuanto al borrado de contenidos sin necesidad de proceder a su escala; o a los *boot* que se emplea para ellos; y, programar los algoritmos de forma que no posibiliten el acceso a más contenido ilícito (por ejemplo, pornografía infantil, violencia sobre los menores). Lo que es lo mismo, imponer una red de seguridad que impida el acceso de los menores a contenidos violentos, pornográficos e ilícitos, o que ellos mismo sean protagonistas de abusos, de inducción a la anore-

xia, abulimia y al suicidio, entre otras posibles actuaciones. Pese al compromiso del CEO de Meta (Mark Zuckerberg) ante el Senado de los EEUU de implementar herramientas que protejan a los menores, la realidad es otra, nuestros menores siguen navegando sin protección y seguridad en el espacio digital. Es positivo que, en este Anteproyecto de Ley se introduzcan varios cambios en el Código Penal como reconocer los delitos de ultrafalsificaciones, conocidos como *deepfakes* que son imágenes o voces manipuladas tecnológicamente de manera extremadamente realista mediante el uso de IA. Y se añade una serie de tipos agravados en distintos precepto dentro de los delitos contra la libertad sexual de los que destaca el agravante para el delito de *grooming* o ciberacoso. El agravante tiene lugar cuando para facilitar el delito, la persona responsable engaña a menores en línea a través de identidades ficticias o distintas a la propia.

Por su parte la Agencia Española de Protección de Datos desaconseja el uso de teléfonos móviles inteligentes y otros dispositivos móviles en los centros educativos, si se cuenta con otro medio o recurso pedagógico y recuerda que los tratamientos de datos en el ámbito educativo deben superar el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Además, los centros escolares no deben olvidar que el tratamiento de los datos y la información que deriva de los mismos debe cumplir con las obligaciones que establece el Reglamento General de Protección de datos y debe cumplir con una serie de principios en el uso de estos dispositivo que se detallan en un documento de 17 páginas elaborado por la AEPD “Responsabilidad y obligaciones en la utilización de dispositivos móviles en la enseñanza infantil, primaria y secundaria”.

Asimismo, la AEPD ha presentado el 14 de diciembre de 2023 una *propuesta práctica y efectiva de sistema de verificación de edad* y protección de las personas menores de edad en Internet ante el acceso a contenidos para adultos. Con la presentación de este sistema, la Agencia demuestra que es técnicamente posible proteger a los menores del acceso a contenidos inadecuados a la vez que se garantiza el anonimato de los adultos en su navegación por internet. El sistema presentado por la Agencia se compone de un *Decálogo que recoge los principios que debe cumplir un sistema de verificación de edad*, una *nota técnica con los detalles del proyecto* y *tres videos prácticos* que demuestran cómo funciona el sistema en diferentes dispositivos, con sistemas operativos distinto y empleando varios proveedores de identidad. Ello se complementa con un *gráfico que recoge los riesgos de los sistemas de verificación de edad que se utilizan en la actualidad*.

Sobre tales bases, también la Agencia estableció en 2015 unos ejes de actuación prioritaria entre los que se incluía un programa propio para la protección y educación de las personas menores de edad, que se justificaba fundamentalmente en el avance de las tecnologías digitales y su impacto en el tratamiento de datos de los y las menores. Entre otras medidas, la Agencia puso en marcha un canal de comunicación destinado fundamentalmente a los centros educativos, docentes, monitores, padres y madres y alumnado; se realizó un plan de inspección sobre servicios *cloud* en el ámbito educativo; se establecieron alianzas con los distintos actores implicados en la protección y bienestar de los y las menores; se elaboraron materiales, contenidos y recursos para familias, docentes y menores; y se crearon los premios a las buenas prácticas educativas sobre el uso responsable de Internet y las redes sociales.

En mayo de 2018 coincidiendo con la aplicación en el ámbito de la Unión Europea el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) se señala que los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Los responsables han de tener en cuenta los riesgos derivados del tratamiento de los datos de los y las menores en las evaluaciones de impacto. Ese mismo año, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) en su Título X, dedicado a los derechos digitales, incorpora el derecho a la educación digital, para un uso crítico y seguro de los medios digitales y respetuoso con la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales (artículo 83), y preceptos destinados a la protección de los y las menores y de sus datos personales en Internet (artículos 84 y 92)⁴⁰.

Ante este nuevo marco normativo, la Agencia constituyó en 2019 un Grupo de Trabajo sobre “Menores, salud digital y privacidad” con el objetivo de estudiar y proponer iniciativas y medidas para proteger a los y las menores en el ámbito digital, en el que los servicios que se prestan y los contenidos que se ofrecen a través de redes sociales y servicios equivalentes requieren del tratamiento de datos personales para su operatividad. El Grupo de Trabajo, del que forman parte distintos actores implicados y comprometidos con la protección y salvaguarda del interés superior de los y las menores, del sector público y privado, como organizaciones profesionales y sociedades científicas, se viene reuniendo desde entonces para tratar sobre aquellos asuntos que afectan a su protección y seguridad en el mundo online. Los trabajos del Grupo han dado lugar a diversas iniciativas, entre las que cabe destacar, en materia de educación digital, el impulso y colaboración para la creación del portal *Aseguratic*, que contiene el más amplio repositorio de materiales, recursos y herramientas (catalogadas y ordenadas por materia, edades, fuente y destinatarios: docentes, familias, alumnos) disponible en la web del Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado (INTEF); y en materia de salud digital impulsando la colaboración y elaboración de herramientas para prevenir y detectar usos inadecuados o adictivos a las TIC, como el Plan Digital Familiar de la Asociación Española de Pediatría.

En este sentido, cabe destacar muy especialmente *el Decálogo con los criterios y requisitos que han de reunir los sistemas de verificación de la edad en el acceso a contenidos online para adultos*, de forma que sean eficaces y respetuosos con el marco de protección de datos y privacidad.

Ahora bien, la Agencia, desde su posición independiente, atendiendo a sus competencias en materia de protección de datos de carácter personal cuyo tratamiento se ve afectado en el ámbito digital, continuará ofreciendo y coordinando el espacio de encuentro y diálogo ya creado y operativo con el Grupo de Trabajo, sin perjuicio del ejercicio de las competencias que correspondan a cada ámbito de gestión concreto. Ante esta coyuntura, la Agencia quiere contribuir con una estrategia reforzada que gira en torno las siguientes LÍNEAS ESTRATÉGICAS, que comprende: 10 actuaciones prioritarias y 35 medidas. Entre las primeras, simplemente, citar: 1. La Agencia apoya la iniciativa para la adopción de un Pacto de Estado promovida por organizaciones de la sociedad civil con medidas de consenso para la protección de la infancia y la adolescencia en Internet. 2. La

Agencia colabora, mediante la coordinación del Grupo de Trabajo de “Menores salud digital y privacidad”, en el análisis jurídico y tecnológico de las propuestas y medidas de cara a la elaboración de un proyecto de Ley de protección integral a la infancia y adolescencia en los ámbitos en los que se han detectado necesidades (penal, procesal, administrativo, educativo, sanitario, de protección de datos —neurodatos y neuroderechos—, comunicaciones audiovisuales y consumo). 3. La Agencia ha elaborado un Decálogo con los principios y requisitos que han de observar los SISTEMAS DE VERIFICACIÓN DE LA EDAD para ser eficaces y respetuosos con la privacidad de quienes acceden a esos contenidos que, en un mundo globalizado, se proporcionan desde cualquier lugar. A este respecto: a. Impulsará la producción de apps que desarrollen estos sistemas conforme a los principios adoptados, colaborando en particular con la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), el Ministerio del Interior y el Ministerio de Transformación Digital. b. Coordinará y promoverá la asunción de los principios y requisitos en el marco de la UE con la finalidad de que sirvan de referencia para el desarrollo de sistemas de verificación de la edad eficaces y garantistas en los Estados miembro. Para ello impulsará la adopción de una declaración por el Comité Europeo de Protección de Datos, y mantendrá contactos y reuniones con la Comisión Europea y el Parlamento Europeo a través de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE). c. Incentivará la adopción de los principios del decálogo en otros ámbitos internacionales, para lo que se presentarán a las autoridades en materia de privacidad y protección de datos reunidas en el seno de la Asamblea Global de Privacidad (GPA), a la Administración Federal de EEUU, la Federal Trade Commission y a la Autoridad de protección de datos del Estado de California (sede de la mayoría de los prestadores de servicios online), junto con la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), cuya Secretaría ostenta la Agencia. 4. Con el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) para el análisis de las HERRAMIENTAS DE CONTROL PARENTAL y la actualización de las guías sobre privacidad y seguridad en Internet, y para la configuración de la privacidad en redes sociales, aplicaciones de mensajería instantánea y principales navegadores. 5. Con el Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado (INTEF) e INCIBE para proporcionar las familias educación, formación digital, recursos y materiales mediante módulos formativos. El ámbito escolar utiliza PLATAFORMAS EDUCATIVAS Y HERRAMIENTAS DIGITALES que tratan datos personales del alumnado, familiares y docentes que exige el análisis de su adecuación a la regulación del derecho a la protección de datos y su control como garantía de su cumplimiento, para lo que la Agencia. 6. Colaborar activamente con las autoridades educativas para garantizar su adecuación a la regulación del derecho a la protección de datos y su control como garantía de su cumplimiento. 7. Llevar a cabo actuaciones de investigación a las plataformas, educativas y de aprendizaje, así como a las herramientas digitales que se utilizan en los centros escolares. 8. A través de los Consejos Generales de los Colegios Oficiales de Médicos, Psicólogos y Pedagogos, que participan en el Grupo de Trabajo, colaborará con las Administraciones educativas y sanitarias para fomentar la realización de evaluaciones de impacto en privacidad y salud digital en función de la edad y los riesgos para los y las menores. 9. Priorizar el ejercicio de sus potestades de

investigación a las páginas web de contenidos para personas adultas, en especial de pornografía, con respecto a la verificación de la edad para el acceso a dichos contenidos y al cumplimiento de la normativa de protección de datos de los y las menores. Actuando en cooperación con las autoridades de la Unión Europea cuando las páginas web no estén establecidas en España. Y, 10. Realizar el análisis de los algoritmos y patrones adictivos que tienen como objetivo influir en el comportamiento y las decisiones de las personas usuarias, con relación a los datos y perfiles de los y las menores de edad, e impulsará la coordinación necesaria con el Comité Europeo de Protección de Datos⁴¹.

B. Medidas preventivas: en especial, la prevención de la violencia contra la infancia y adolescencia en el mundo físico y digital

La prevención de la violencia representa el segundo nivel de actuación y opera con carácter prioritario a la atención a las víctimas y su reparación. Supone establecer medidas de prevención efectivas frente a la violencia sobre la infancia y la adolescencia, mediante una información adecuada a los niños, niñas y adolescentes, la especialización y la mejora de la práctica profesional en los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación de las personas menores de edad (artículo 3 b)).

Es, por ello, que corresponde a las administraciones públicas competentes la elaboración de planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia. Estos planes y programas tendrán que comprender medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el marco de la estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, se identifican, conforme a los factores de riesgo en que se pueden encontrar los niños, niñas y adolescentes en situaciones de especial vulnerabilidad, deberán ser evaluados en los términos que establezcan las administraciones públicas competentes. A tal fin, tendrán la consideración de actuaciones en materia de prevención las siguientes: a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva; b) Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes; c) Las que tienen por objeto mitigar o compensar los factores que favorecen el deterioro del entorno familiar y social de las personas menores de edad; d) Las que persiguen reducir o eliminar las situaciones de desprotección debidas a cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia; e) Las que promuevan la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la participación infantil y juvenil, así como la implicación de las personas menores de edad en los propios procesos de sensibilización y prevención; f) Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental; g) Las enfocadas a fomentar tanto en las personas adultas como en las menores de edad el conocimiento de los principios y disposiciones de la Con-

vención sobre los Derechos del Niño; h) Las dirigidas a concienciar a la sociedad de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras; i) Las destinadas a fomentar la seguridad en todos los ámbitos de la infancia y la adolescencia; j) Las dirigidas al fomento de relaciones igualitarias entre los niños y niñas, en las que se identifiquen las distintas formas de violencia contra niñas, adolescentes y mujeres; k) Las dirigidas a formar de manera continua y especializada a los profesionales que intervienen habitualmente con niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con la atención a la infancia y adolescencia, con particular atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad; l) Las encaminadas a evitar que niñas, niños y adolescentes abandonen sus estudios para asumir compromisos laborales y familiares, no acordes con su edad, con especial atención al matrimonio infantil, que afecta a las niñas en razón de sexo; y, m) Cualquier otra que se recoja en relación a los distintos ámbitos de actuación regulados en esta ley⁴².

En todo caso, estas actuaciones tendrán una consideración prioritaria y se destinarán medidas presupuestarias para llevarlas a cabo en los Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, en esta política preventiva de actuación, procede destacar las que deben llevar a cabo las Administraciones Públicas en el ámbito familiar. Para ello, tras un análisis de la situación de la familia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar, se procederá a proporcionar un entorno seguro, fortalecer los factores de protección, apoyando a los menores desde su primera infancia con el objeto de prevenir factores de riesgo y, para fomentar el desarrollo adecuado de un rol parental o tutelar; asimismo, se llevará a cabo una labor educativa en este sentido de los progenitores o de quienes ejercen funciones de tutela, guarda o acogimiento.

Por otra parte, dentro de los planes y programas de prevención de la violencia en el ámbito familiar, con carácter general se habrá de adoptar medidas dirigidas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. Se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes. En esta línea, la Recomendación 2006/19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa “el ejercicio de la parentalidad positiva se refiere al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permiten el desarrollo del niño” (p. 3).

No obstante, estas actuaciones para promover la parentalidad positiva no deben ser utilizadas con otra finalidad en los casos de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada; ni deben ser utilizadas como argumento para justificar el síndrome de alie-

nación parental (SAP). Si no que deben ir orientadas a procurar el bienestar de los hijos menores de edad. En todo caso, el SAP, como hemos señalado, no tiene valor científico en cuanto no es reconocido en las clasificaciones mundiales de trastornos y enfermedades mentales, ni es una teoría probada⁴³; b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, fomentar la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento; c) Promover la atención a las mujeres durante el periodo de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo; d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacida; e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares; f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar; g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta; h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad; e, i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad (artículo 26.2 de la LOPIVI).

Ahora bien, frente a estas actuaciones generales, las Administraciones Públicas podrá adoptar otras más específicas, individualizadas en función de las necesidades de apoyo de cada unidad familiar; y, en particular las destinadas a prevenir la pobreza y las causas de exclusión social, así como la conciliación de la vida familiar y laboral.

En todo caso, con el objeto de reforzar el conocimiento de estas actuaciones, las Administraciones Públicas elaborarán y/o difundirán materiales formativos, en formato y lenguaje accesibles. Tendrán como contenido la formación en materia de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, e incluirán conteni-

dos específicos referidos a combatir roles y estereotipos de género que, sitúen a las niñas en un plano de desigualdad, contenidos relativos a la diversidad sexual y de género; precisamente, como medida de prevención de conductas discriminatorias y violentas hacia los niños, niñas y adolescentes.

En este contexto, aunque en los casos de ruptura familiar consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio; no obstante, las Administraciones Públicas deben atender al interés superior de los niños, niñas y adolescentes en aras a su protección, por lo que habrán de procurar que la ruptura de los progenitores no tenga consecuencias negativas para el bienestar y desarrollo pleno de aquellos. En su ámbito de actuación protectora de los sujetos más débiles como son los menores de edad y adolescentes en estos supuestos de ruptura familiar conflictiva, podrán adoptar las siguientes medidas: a) Impulso de los servicios de apoyo a las familias, los puntos de encuentro familiar y otros recursos o servicios especializados de titularidad pública que permitan una adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia; y, b) Impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados así como de servicios de mediación y conciliación, con pleno respeto a la autonomía de los progenitores y de los niños, niñas y adolescentes implicados. Son servicios y medidas de distinta naturaleza que, ayudan a las familias a reducir la situación de conflicto existente.

Respecto de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) DE LA TORRE LASO⁴⁴ manifiesta, al respecto, que con este servicio “garantiza el derecho de los menores a llevar a cabo las relaciones con el progenitor no custodio y/o la familia biológica, de forma excepcional y temporal y solo hasta el momento en que las circunstancias que dieron lugar a que se acordase la utilización de este servicio se normalice”. El PEF representan un lugar neutral, donde se produce el encuentro de los miembros de las familias en las que el ejercicio de un derecho de visitas que está interrumpido o es conflictivo, atendido por profesionales y en el que se garantiza la seguridad y el bienestar. Es, por ello, que sirven de ayuda para el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de padres separados, cuando existen desacuerdos entre estos últimos. Son un recurso para la atención de la infancia que han surgido como consecuencia de la necesidad emergente relacionada con las resolución de conflictos derivados de las rupturas familias, concretamente en lo relativo a la salvaguarda del interés superior del menor implicado en esas rupturas⁴⁵. En este contexto, la utilización del Punto de Encuentro Familiar se determina: como lugar de entrada y recogida de menores para evitar así la relación entre los progenitores en conflicto; como lugar de recogida y entrega con permanencia en el punto de Encuentro, esto es, el progenitor no custodio disfruta de la visita de su hijo en el mismo (visitas no tuteladas); y, cuando las visitas entre el progenitor no custodio y el menor son tuteladas o supervisadas por terceras personas (visitas tuteladas)”. En fin, por un lado, son calificados por la jurisprudencia como un recurso idóneo para detectar desde una posición “objetiva e imparcial” la adecuación de la actitud de los padres respecto de los hijos⁴⁶; y, por otro, proporcionan un espacio idóneo para que se haga efectivo el normal desarrollo con el/la padre/madre o los familiares con lo que no conviven habitualmente.

En cuanto a la mediación familiar —servicios de mediación— permiten la resolución extrajudicial de los conflictos intrafamiliares y resulta positivo su operatividad en estas situaciones —máxime para tomar decisiones en torno a la guarda

y custodia o el régimen de visitas—. Si bien, se excluye en los casos de violencia de género (artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre). En todo caso, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles entiende por mediación “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (artículo 1). El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes; b) Por una de las partes, en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas (artículo 16.1). Si bien, los tribunales podrán instar a las partes a que acudir a una sesión informativa, si consideran que la mediación puede ser una alternativa al procedimiento judicial. Y, en fin, resulta de aplicación esta Ley a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (artículo 2.1).

Ciertamente, con esta Ley Orgánica 8/2021 se pretende reforzar la asistencia, asesoramiento y atención a las familias con el objeto de prevenir situaciones de riesgo. Para ello habrá que analizar la situación de las familias con el objeto definir las medidas a aplicar y los apoyos en el ejercicio de sus responsabilidades parentales.

Por ello se habrá de comenzar en los términos apuntados por medidas de finalidad preventiva y de promoción del desarrollo de la familiar, cuando tales medidas ya no sean posibles, se opera sobre aquellas reparadoras o terapéuticas. De todas formas, se ha de partir de una premisa clara todas las medidas en el ámbito familiar deben ir orientadas a reforzar la autonomía y capacidad de las familias, esto es, operando desde una actuación positiva en que, se prevenga o se evite factores de riesgos, cuando resulte necesario.

Ahora bien, se ha de operar siempre de forma individualizada, atendiendo a las necesidades de cada familia, y por supuesto, dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar.

No obstante, nos parece oportuna terminar este apartado, destacando la importancia del ejercicio positivo de la responsabilidad parental (parentalidad digital), como un concepto integrador en el que se puede conjugar el ámbito privado de la familia con los apoyos desde el ámbito de las políticas públicas orientadas a las familias y como destacan BALSELLS BAILÓN, VAQUERO TIÓ y FERNÁNDEZ RODRIGO en un estudio coordinado que representa “un control autorizado y basado en el afecto, el apoyo, la comunicación, el acompañamiento y la implicación en la vida cotidiana de los hijos e hijas”. A lo que añaden “es la forma de lograr una autoridad legitimada ante ellos, basada en el respeto, en la tolerancia, la comprensión mutua t en la búsqueda de acuerdo que contribuyan al desarrollo de sus capacidades”⁴⁷. Ciertamente, el artículo 154 del Código Civil la patria potestad se atribuye a los padres por el hecho de la filiación y deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos —en aras de su interés superior—. En situación de normal convivencia, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden a ambos progenitores por el principio de corresponsabilidad parental. No obstante, es posible que ante el incumplimiento de los deberes paterno-filiales por uno de los progenitores o de violencia intrafamiliar por uno de ellos, como medidas de protección se adopte por

el juez civil —proceso *ad hoc* o proceso matrimonial— o penal la privación total o parcial de la patria potestad (artículo 170 del Código Civil). Asimismo, en el uso responsable y seguro de internet resultan esenciales las campañas institucionales de prevención e información deben incluir entre sus objetivos la prevención sobre contenidos digitales sexuales y/o violentos que pueden influir y ser perjudiciales para la infancia y adolescencia (artículo 45.4 de la LOPIVI).

En esta línea, la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid define la prevención como “el conjunto de actuaciones dirigidas a promover y fortalecer los factores de protección para evitar o reducir las causas que impiden el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de la infancia y la adolescencia, y los factores que dificultan su adecuado desarrollo físico, cognitivo, emocional y social o que contribuyen al deterioro de su entorno sociofamiliar” (artículo 70). En todo caso, *las actuaciones de prevención* ante las posibles situaciones de riesgo y desprotección, tendrán siempre carácter prioritario y deberán contar con los recursos necesarios para garantizar la preservación familiar; si responde al interés superior del niño. Para las actuaciones de prevención La Comunidad de Madrid y las entidades locales, directamente o en colaboración con las entidades del tercer sector de acción social, priorizarán la prevención en sus políticas y planes de actuación en relación con la infancia y adolescencia, especialmente en los ámbitos familiar, sanitario, educativo y de deporte, ocio y tiempo libre, entre otros, a través de las siguientes medidas: a) *En el ámbito familiar*: 1. La promoción de la capacitación y el acompañamiento en el ejercicio de la responsabilidad parental para que las familias sean entornos seguros, para ejercer el cuidado y desarrollo de las capacidades del niño sin violencia, que ofrece al hijo reconocimiento y orientación, incluyendo el establecimiento de límites que permitan su pleno desarrollo, todo ello basado en el interés superior del niño y fortaleciendo su labor educativa y protectora. 2. El apoyo específico a familias en riesgo o situación de pobreza y exclusión social con niños a su cargo, mediante intervenciones técnicas de carácter social o terapéutico y prestaciones destinadas a compensar sus carencias y necesidades, que estarán, en su caso, vinculadas al proyecto de intervención familiar. 3. El apoyo específico a las familias con hijos con discapacidad o con otro tipo de necesidades especiales mediante programas de apoyo y respiro. b) *En el ámbito educativo*: 1. La consideración del acceso y la permanencia en el sistema educativo como elementos esenciales de prevención. 2. La apuesta por una educación inclusiva mediante el desarrollo de programas de integración social y escolar de los niños con necesidades educativas especiales, dificultades socioeconómicas o con cualquier otra característica que pueda entorpecer su integración y la adopción de medidas compensatorias concretas dirigidas a los niños en riesgo o situación de exclusión social. 3. El apoyo extraescolar para favorecer el éxito educativo del alumnado, especialmente del social y económicamente más vulnerable. 4. El desarrollo de recursos educativos especializados en la atención a niños con necesidades educativas especiales, necesidades sociosanitarias y discapacidad. 5. El fomento de la formación pre laboral y el apoyo a la inserción socio laboral de los adolescentes. 6. El apoyo a los padres en la educación y crianza de sus hijos mediante las escuelas de padres y madres u otros recursos de formación y acompañamiento desde el ámbito escolar. c) *En el ámbito sanitario y socio sanitario*: 1. Las actuaciones de prevención

general: La educación para la salud y las actuaciones para la prevención de las enfermedades infantiles. 2. Las actuaciones para la prevención de situaciones de discapacidad en la infancia y la adolescencia, a través del desarrollo de programas que garanticen su carácter universal, integral y reparador. 3. La prevención de los accidentes, especialmente en el ámbito del hogar. 4. La prevención del sobrepeso y la obesidad infantil, promoviendo hábitos de vida saludables. 5. La educación sanitaria a las familias en materia de salud y desarrollo infantil, prevención de la enfermedad, promoción de la salud y el bienestar perinatal. 6. La prevención y tratamiento de los problemas asociados a la salud mental, trastornos de conducta, trastornos de la conducta alimentaria y adicciones, previendo la dotación de recursos suficientes y especializados para la atención a la salud mental infantil. 7. El desarrollo de programas de formación para la detección precoz y la asistencia de los niños que sufran cualquier tipo de violencia. 8. El apoyo específico a las adolescentes que estén embarazadas o en proceso de lactancia, que les permita el acceso a los recursos necesarios para poder continuar su formación educativa, orientación o inserción profesional. 9. La promoción del buen trato prenatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 8/2021, de 4 de junio, especialmente en situaciones de exclusión y vulnerabilidad social, y la prevención del posible riesgo prenatal. 10. La creación, consolidación y generalización de entornos sanitarios amigables con la infancia y la adolescencia, especialmente en el ámbito hospitalario; d) *En el ámbito del deporte y del ocio y tiempo libre*: 1. El desarrollo de actuaciones favorecedoras de la integración social de los niños en situación de inadaptación y vulnerabilidad social, y de prevención de las conductas antisociales. 2. El fomento de los valores y habilidades cooperativos, de solidaridad, no violencia y resolución de conflictos. 3. La orientación para el uso adecuado del ocio, el tiempo libre y la garantía del cumplimiento de las condiciones de aforo y seguridad, higiénicas y de salud pública, ratios y formación de los profesionales que atienden a la infancia y adolescencia, que se establezcan por las autoridades competentes para las instalaciones y servicios de ocio educativo. 4. La vigilancia y control para garantizar la protección del menor frente a informaciones y entornos propios de adultos que puedan propiciar conductas perjudiciales tanto a nivel físico como de formación de su personalidad o su estabilidad emocional.

Precisamente en el ámbito educativo, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid ha aprobado publicar el día 4 de diciembre de 2024 en el Portal de Transparencia la consulta pública del proyecto de Decreto que limitará el tiempo de utilización de ordenadores, tabletas o similares, de manera individual o colectiva, en función de la edad y las características evolutivas de los alumnos. Durante esta fase de consulta pública, entidades y particulares pueden plantear sus opiniones y propuestas sobre la oportunidad y alcance de este Decreto, que se sumará a la prohibición del uso del teléfono móvil durante toda la jornada escolar vigente en la Comunidad de Madrid desde hace cuatro años, tras implantarse en el curso 2020/21.

En todo caso, el objetivo de esta nueva normativa es regular un marco común para que los centros establezcan medidas que respeten los derechos y garantías digitales de los alumnos de colegios e institutos, dentro de la autonomía que tienen reconocida.

Con ello se pretende reducir los riesgos derivados del uso temprano, intensivo o inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación y garantizar los derechos digitales de los estudiantes en todas las etapas escolares.

El Decreto, asimismo, pretende establecer restricciones en el número de horas de utilización de dispositivos en función de las enseñanzas impartidas y la edad y características evolutivas de los alumnos. Se quiere desde la Comunidad de Madrid responder a la creciente preocupación social por los efectos del uso continuado de dispositivos electrónicos individuales por parte de niños cada vez más pequeños. Una circunstancia avalada por distintas sociedades médicas y agencias de protección de datos, que han alertado recientemente de los peligros asociados a su utilización indiscriminada.

Al respecto, conviene precisar que, la regulación y limitaciones establecidas por este próximo Decreto se basarán en criterios pedagógicos para reducir el tiempo de uso y garantizará el respeto a la salud, la edad y características de los alumnos, la seguridad, la utilización responsable y la igualdad en el acceso a la educación, así como la adquisición de contenidos relacionados con la competencia digital.

C. Detención precoz de la violencia

Como recordamos unos de los fines de la Ley es impulsar la detección precoz de la violencia sobre la infancia y la adolescencia mediante la formación interdisciplinar, inicial y continua de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes (artículo 3 c)).

Es por ello que, las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán anualmente programas de formación inicial y continua destinada a los profesionales cuya actividad requiera estar en contacto habitual con niñas, niños y adolescentes con el objetivo de detectar precozmente la violencia ejercida contra los mismos y que esta violencia pueda ser comunicada de acuerdo con lo previsto en los artículos 15 y 16 de la LOPIVI —referido al deber de comunicación de la ciudadanía o un deber cualificado de los poderes públicos que analizaremos—.

De forma que, si se ha detectado alguna situación de violencia sobre una persona menor de edad, deberá ser inmediatamente comunicada por el o la profesional que la haya detectado a los progenitores, o a quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, salvo que existan indicios de que la mencionada violencia haya sido ejercida por estos (artículo 25 de la LOPIVI), adoptándose a tal fin las medidas de protección necesarias que, pueden derivar en medidas de atención inmediata, en una guarda provisional, o en acogimiento ante una situación de desamparo, como analizaremos.

Ciertamente, con la detección precoz se pretende operar en la adopción de medidas que, garanticen la comunicación de las situaciones de violencia que hayan sido detectadas y, además se evita que la situación se agrave.

Ahora bien, partiendo de la base que, las actuaciones de las Administraciones Públicas deberán producirse de una forma integral, en situaciones de violencia de género en el ámbito familiar, se deberá, por una parte, garantizar el apoyo necesario y una atención especializada y de recuperación para las niñas, niños y ado-

lescentes víctimas de tal violencia; y, por otra, lograr una recuperación conjunta, si es posible, de la persona menor de edad o adolescente y de su madre, si ambas son víctimas de violencia de género.

En todo caso, corresponde a los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Si bien, en esta detección precoz de una situación de violencia corresponde también a las Administraciones Públicas capacitar a las personas menores de edad en lo que, constituyen o representan situaciones de violencia, dotándoles para ello de las herramientas adecuadas que les permiten detectar desde su posición que, se está ante una situación de violencia y denunciar —ofreciendo, asimismo, los canales de comunicación adecuados—. Por lo que la detección precoz de la violencia opera necesariamente sobre dos pilares de actuación para lograr su objetivo: 1. La formación de profesionales cuya actividad requiera estar en contacto habitual con niños, niñas y adolescentes mediante programas anuales de formación inicial y continua, desarrollados por las Administraciones Públicas; 2. La capacitación de los niños, niñas y adolescentes para detectar las situaciones de violencia y poder responder frente a ellas adecuadamente⁴⁸.

D. Atención inmediata

En cuanto a las actuaciones de atención inmediata simplemente señalar que, las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor: de actuar si corresponde a su ámbito de competencias, o de dar traslado al órgano competente; de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor; o, cuando resulte necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal (artículo 14.1 de la LOPJM). Se responde ante una situación de urgencia y de escaso espacio temporal. Al respecto GARCÍAS DE ESPAÑA entiende por atención inmediata “una intervención con carácter de urgencia, tendente a eliminar la situación de riesgo/peligro que pueda afectar al menor, prestándose las necesidades que precise, tanto biológicas, como afectivas, o cualesquiera otras derivadas de la situación específica”⁴⁹.

De forma que, ante tal situación la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, y ante la urgencia de la situación, la guarda provisional de un menor, prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la existencia situación real de desamparo. Solo se opta por la guarda provisional y no por la tutela por parte de la Entidad Pública.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible —por su urgencia—, durante el cual puede procederse, si así se ha constatado, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de

éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias del Código Civil (artículo 172.4 del Código Civil). No se indica cuál es ese breve plazo, pero se entiende que será el necesario para constatar si existen personas que, puedan asumir la tutela o en su caso, para la declaración de desamparo.

Se establece, asimismo, la posibilidad de asumir la guarda provisional sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tiene lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo —de ahí su carácter provisional y transitorio de la medida—⁵⁰. Esta guarda provisional cesará por las mismas causas que, la tutela. De todas formas, de transcurrir el plazo señalado sin haberse formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada para el menor por parte de la Entidad Pública (artículo 14 de la LOPJM y artículo 172.4 del Código Civil).

2. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN

A. Actuaciones en caso de urgencia

Como novedad en esta LO 8/2021, modificando la LOPJM, prevé que cuando la urgencia del caso lo requiera, la actuación de los servicios sociales será inmediata, sin perjuicio de la guarda provisional de un menor, prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Por su carácter de urgencia, dicha atención no está sujeta a requisitos procedimentales, ni de forma, y se entiende en todo caso sin perjuicio del deber de prestar a las personas menores de edad el auxilio inmediato que precisen (artículo 14 bis de la LOPJM).

B. Actuaciones en situación de riesgo

Respecto a las actuaciones en situaciones de riesgo el artículo 17.1 de la LOPJM, objeto de reforma en esta norma, considera como tales “aquellas en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, 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 fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”⁵¹. También, a tales efectos, se enumeran, de forma novedosa, como indicadores de riesgo: a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un

perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos⁵²; b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento; c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente; d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo; e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha; f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular: 1º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad. 2º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad; g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado; h) La identificación de las madres como víctimas de trata; i) Las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente; k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad; l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género; y, m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente (artículo 17. 2 de la LOPJM). Tal enumeración de los indicadores de riesgo, proporciona seguridad jurídica en la aplicación de la norma por los profesionales de los servicios sociales y evita la discrecionalidad en la actuación administrativa⁵³. Si bien, procede señalar que, se sigue manteniendo como hechos indicadores de riesgo la existencia de un hermano o hermana declarada en situación de riesgo o desamparo, no así la concurrencia de circunstancias o carencias materiales; ni tampoco, se entiende ahora que, son indicadores de riesgo la pobreza ni la discapacidad de un menor, de uno de los progenitores o de ambos. En todo caso, no se modifica la regulación del desamparo.

Las actuaciones en materia de riesgo se han de orientar a la detección, valoración, e intervención y a la activación de los propios recursos y servicios públicos. Precisamente, la intervención de la administración pública competente se habrá de orientar a disminuir los indicadores de riesgo que, incidan en la situación per-

sonal, familiar y social en que se encuentra el menor, y a promover medidas para su protección y preservación en el entorno familiar —mantenimiento en el núcleo familiar—, salvo cuando el interés del menor exija adoptar otra medida (artículo 17 de la LOPJM); y, asimismo, tales actuaciones deberán garantizar, en todo caso, los derechos del menor. Lo cierto es que, en la línea de prevenir y corregir o reparar la situación de desprotección de menores, la intervención administrativa debe estar orientada a paliar las carencias asistenciales que, puedan menoscabar el desarrollo integral del menor, apoyar con medidas adecuadas —técnicas o económicas— a las familias en riesgo con el objeto de cubrir las necesidades básicas de los menores, y a mejorar su entorno familiar. Por lo que tales actuaciones se tornan de capital importancia y viene a preservar el superior interés del menor, evitando en muchos casos que tal situación de desprotección se agrave, con la consiguiente adopción de medidas mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia. No olvidemos que, uno de los principios rectores de la actuación administrativa es el mantenimiento en la familiar de origen que, se hace efectivo, precisamente, en las situaciones de riesgo. Igualmente, tal intervención ha de procurar la adopción de aquellas medidas que, supongan prestar la asistencia necesaria a los padres, tutores y guardadores en el ejercicio de sus obligaciones y responsabilidades relacionadas con el cuidado y crianza de los menores. En todo caso, la declaración de desamparo opera como actuación subsidiaria respecto de las que se lleven a cabo en situaciones de riesgo; de forma que, aquella solo se adopta cuando resultan insuficientes las medidas preventivas en la protección de los menores. Ciertamente, las situaciones de riesgo suponen una situación de perjuicio para el menor derivada de cualquier circunstancia personal, social o familiar en que se encuentre, que, no revisten la entidad suficiente —no son de especial gravedad— para la declaración de desamparo, y, además, no resulta necesario la separación del menor de su entorno familiar, pues, pueden ser subsanadas manteniéndolo en el mismo, al poder la Administración Pública actuar directamente en tal entorno familiar⁵⁴.

En este contexto, corresponde a la administración competente valorar la situación de riesgo iniciando el correspondiente expediente, que, conlleva, en un primer momento, la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. En la elaboración del mismo se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración de tal proyecto en un intento de consensuarlo. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución que declara la situación de riesgo determinará las medidas de asistencia tendentes a eliminar los factores de riesgo en la institución familiar, poniendo a disposición de los menores y su familia los servicios existentes para tales fines y será notificada a los interesados en el expediente. Ahora bien, si la opinión del menor es contraria a toda intervención, corresponde motivar que, la actuación que se adopta es en su interés (artículo 2 de la LOPJM).

Por otra parte, la negativa a la suscripción del proyecto o la no colaboración posterior en el desarrollo y ejecución del mismo por parte de los progenitores, conlleva la declaración de la situación de riesgo mediante resolución administrativa motivada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, además de contener el citado proyecto una intervención social y educativa. Frente a la resolución administrativa que, declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre tales bases, si la Administración Pública competente al apreciar e intervenir en la situación de riesgo, estima que, existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda, que garanticen que, el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Por su parte, si la Entidad Pública competente considera que, no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente por apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la Administración Pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.

Ahora bien, es posible que, la Administración Pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia que éste va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial; a tal fin, la Administración Pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que, se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la Administración Pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención.

Por otra parte, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido⁵⁵; por lo que al *nasciturus* se le incluye en tales situaciones, en la línea de las Recomendaciones de la Comisión Espacial para el Estudio de la Problemática de la Adopción nacional y otros temas afines⁵⁶ y a diferencia de la protección que, en algunas legislaciones autonómicas se otorga al mismo⁵⁷.

Para ello, la Administración Pública competente, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, adoptará todas aquellas medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo

prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

En todo caso, los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal.

Ahora bien, con la finalidad de proteger al recién nacido, tras su nacimiento se podrá mantener la intervención sobre el menor y su unidad familiar; y, de ser necesario, se podrá declarar la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección (artículo 17.9 de la LOPJM).

Por otra parte, entre las situaciones de riesgo se prevé también aquella en que los progenitores, tutores o guardadores o acogedores se niegan a prestar su consentimiento respecto de los tratamientos médicos no consentidos por sus progenitores u otros responsables legales. Lo que ha supuesto la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Disposición Final de la Ley 26/2015). Para ello se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002. Así, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del artículo 9, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que se adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por la causa de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (apartado 6) —por lo que se protege a los profesionales sanitarios frente a una eventual exigencia de responsabilidad, y les posibilita un importante margen de actuación dentro de lo que representa el cumplimiento de la *lex artis*, lo que constituye una importante novedad—. Por su parte, precisa DÍEZ GARCÍA en los casos más graves, resultará proceden, en su caso, y de acuerdo con el interés del menor, la declaración de desamparo, siempre que “el alejamiento del menor se reputé necesaria para salvaguardar su derecho a la vida o a su integridad física y se reputé que ésta es una medida proporcionada respecto a la amenaza a este derecho originada por el incumplimiento de este deber”⁵⁸.

Por su parte, en esta línea, La Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid en el caso que un niño se encuentre en situación de riesgo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la LOPJM, por concurrir alguno de los indicadores del mismo, la actuación administrativa se orientará a garantizar sus derechos, disminuir los indicadores de riesgo y adoptar las medidas para su protección y la preservación del entorno familiar, promoviendo que sus padres, tutores o guardadores desempeñen adecuadamente sus responsabilidades parentales, con los

siguientes objetivos: a) La mejora del medio familiar, con la colaboración de los padres, tutores, guardadores y del propio niño. b) La idoneidad de las condiciones sociales, económicas y culturales de los niños. c) La eliminación, neutralización o disminución de los factores de riesgo y dificultad social, mediante la capacitación de los responsables parentales para atender adecuadamente las necesidades del niño, proporcionándoles los medios, tanto técnicos como económicos, y la ayuda necesaria que permitan su permanencia en el hogar. d) La satisfacción adecuada de las necesidades principales del niño por los servicios y recursos esenciales, normalizadores, propiciando las acciones compensatorias adicionales necesarias, en su caso, para garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos (artículo 72).

Antes de declaración de riesgo, se procederá a la valoración de la situación de riesgo que se llevará a cabo por el órgano municipal competente, que escuchará para ello al niño, y a sus padres, tutores y guardadores con informe preceptivo realizado por un equipo multidisciplinar. Cuando se considere necesario, recabará informes complementarios de cuantas personas o entidades tengan conocimiento de la situación del niño, en particular, los centros escolares, los servicios sanitarios o personas físicas, los cuales podrán también aportarlos a iniciativa propia.

La valoración de la situación de riesgo se realizará por el órgano municipal competente, que escuchará para ello al niño, y a sus padres, tutores y guardadores con informe preceptivo realizado por un equipo multidisciplinar. Cuando se considere necesario, recabará informes complementarios de cuantas personas o entidades tengan conocimiento de la situación del niño, en particular, los centros escolares, los servicios sanitarios o personas físicas, los cuales podrán también aportarlos a iniciativa propia. La situación de riesgo llevará aparejada la elaboración y puesta en práctica de un proyecto de intervención social y educativo familiar que recogerá los objetivos, actuaciones y recursos, incluida, en su caso, la mediación familiar, así como previsión de plazos para revertirla, fortaleciendo los factores de protección existentes y manteniendo al niño en su medio familiar. La duración máxima del proyecto de intervención social y educativo familiar será de doce meses, transcurridos los cuales, se actuará declarando la situación de riesgo. Si bien, en esta fase los padres, tutores o guardadores deberán firmar el proyecto de intervención social y educativo familiar y colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en tal proyecto. En todo caso, el proyecto de intervención social y educativo familiar será adoptado por el órgano municipal competente y de él se informará, para su seguimiento, a la Comisión de Apoyo Familiar correspondiente al municipio de residencia del niño. Ahora bien, siempre que la madurez del niño lo permita, independientemente de su edad, discapacidad o de cualquier otra condición personal o social, los niños serán informados de las decisiones que se adopten, se deberá contar con su participación en la elaboración del proyecto de intervención social y educativo familiar, así como durante su aplicación y en las revisiones que, en su caso, pudieran realizarse. De dicha participación deberá quedar constancia en el correspondiente expediente. Asimismo, en la elaboración consensuada del proyecto de intervención social y educativo familiar serán oídos y participarán los padres, tutores o guardadores, a los que se informará de su contenido, objetivos.

Ahora bien, ante el riesgo prenatal, los centros y los servicios sanitarios deben notificar a la entidad municipal competente las situaciones de riesgo prenatal

previstas en el artículo 17 de la LOPJM, cuando tengan conocimiento de ellas. Además, deberán cooperar con ella en las actuaciones de prevención, intervención y seguimiento, e informar, si es preciso, a la entidad pública de protección competente en materia de protección de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid y al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que deban adoptarse si está en peligro la vida o la integridad física del *nasciturus*. Para ello, la Comunidad de Madrid ofrecerá recursos económicos, residenciales y sociales a aquellas mujeres embarazadas que lo precisen para prevenir el riesgo, apoyando a la futura madre en el cuidado y buen trato prenatal (artículo 73).

En este contexto, la situación de riesgo, será declarada a través de una resolución del órgano municipal competente, previa audiencia al niño y a sus padres, tutores o guardadores. Dicha declaración remitirá al proyecto de intervención socio educativo familiar que la familia deberá de seguir para poder eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que les afecta y evitar la situación de desamparo y exclusión social del menor. La resolución administrativa por la que se declare la situación de riesgo deberá estar motivada y basada en los informes psicológicos, sociales y otros que, en su caso, pudiesen ser solicitados, o hayan sido aportados por los centros escolares, los servicios sanitarios o sociales, las entidades colaboradoras o cualesquiera otras entidades del tercer sector de acción social o personas físicas que tengan conocimiento de la situación del niño. En dicha resolución se recogerán los objetivos y las medidas tendentes a corregir el riesgo, incluidas las relativas a los deberes de los padres, tutores o guardadores, así como los medios que las administraciones prevén poner a disposición de este proyecto. Se incluirá también la duración prevista para la intervención con la familia y el niño, que no podrá exceder de los doce meses.

Tal resolución será notificada a todos los interesados en el procedimiento en el plazo de diez días, haciendo constar los cauces de impugnación que procedan contra la misma y comunicándola, igualmente, al Ministerio Fiscal. En el caso de oposición, la interposición de un recurso no suspenderá las actuaciones que se estén llevando a cabo por las entidades locales en interés del niño y con el objetivo de garantizar su bienestar.

A tal fin, los servicios sociales emitirán informe motivado proponiendo que se valore la declaración de una situación de desamparo, en los casos en que: a) En el plazo establecido, no se consigan los objetivos recogidos en la resolución administrativa de riesgo, ni los cambios necesarios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen la adecuada atención del niño. b) Si los padres, tutores o guardadores se niegan a participar en la ejecución de las medidas acordadas y ello comporta un peligro para el desarrollo o bienestar personal del niño. c) Si en el transcurso de la intervención se da cualquier otra situación de desprotección grave.

Dicho informe se elevará a la autoridad municipal competente a fin de que esta de traslado del expediente a la entidad pública de protección para que tome las medidas oportunas; y la declaración de riesgo será notificada a la entidad pública de protección y al Ministerio Fiscal, en los términos establecidos en la legislación vigente.

En todo caso, cuando, durante el proceso de valoración o ejecución del proyecto de intervención social y educativo familiar, o tras la declaración adminis-

trativa de riesgo, advirtieran circunstancias sobrevenidas que hagan necesaria y urgente la separación inmediata del niño de su familia para salvaguardar su integridad o bienestar; Los servicios sociales elevarán la propuesta de declaración de desamparo directamente a la entidad pública de protección poniéndolo, además, en conocimiento del órgano competente de la entidad local y del Ministerio Fiscal. Si existen indicios de la comisión de un posible delito, se pondrá en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del juzgado correspondiente.

En estos casos la entidad pública de protección deberá asumir la tutela de forma inmediata, así como la guarda del niño de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley.

C. Actuaciones en situación de desamparo

Si el menor se encuentra en situación de desamparo, la Entidad Pública actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material⁵⁹. La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo⁶⁰. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

Por otra parte, se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor⁶¹. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas⁶²; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adicti-

vas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal⁶³; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores⁶⁴. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo⁶⁵; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental⁶⁶; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria⁶⁷; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia⁶⁸.

Decretada la situación de desamparo, asumirá automáticamente la Entidad Pública la tutela *ex lege* de los menores, sin intervención judicial; si bien, con carácter provisional, procurando siempre la reinserción del menor en la familiar de origen, en aras del mantenimiento de la unidad familiar y siempre atendiendo al interés del menor (artículo 172.1 del Código Civil)⁶⁹. De todas formas, debe concurrir la adecuada proporcionalidad entre la situación de riesgo detectada por la Administración y la medida de protección acordada, consistente en la declaración de desamparo. Tal proporcionalidad debe someterse al control jurisdiccional⁷⁰. En todo caso, se trata de una medida adoptada en interés del menor⁷¹ y dirigida, de ser posible, a la reintegración de la potestad a los progenitores⁷². Si bien, se puede acompañar de un régimen de visitas de la menor con sus padres⁷³.

Ahora bien, hay que diferenciar la situación de desamparo prevista en el citado artículo 172 del Código Civil, de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis del citado cuerpo legal) y de las medidas de la intervención en ambos supuestos (artículo 172 ter del dicho cuerpo legal) mediante el acogimiento residencial y familiar y la adopción.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil el artículo 85 de la Ley 4/2023, asimismo, considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores,

cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. A tal fin, se entiende que existe situación de desamparo cuando se den alguno o algunos de los indicadores previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. En cuanto a los niños que se encuentren en situación de guarda de hecho no serán considerados en desamparo, si se constata que se les presta la adecuada atención y no concurren circunstancias que requieran la adopción de una medida de protección⁷⁴. Excepcionalmente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 237 del Código Civil, la entidad pública de protección podrá constituir un acogimiento familiar, con el consentimiento de los padres o previa declaración de desamparo, designando como acogedores a los guardadores de hecho, si considera que la medida aporta estabilidad y beneficia al interés superior del niño. Si bien, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil, la Comunidad de Madrid, a través de la entidad pública de protección, asumirá por ministerio de la Ley la tutela de los niños que se encuentren en situación de desamparo. En cuanto al procedimiento para la declaración de desamparo, la entidad pública de protección se iniciará el oportuno expediente administrativo para su declaración. Dicho procedimiento para la declaración de desamparo, la adopción de las medidas de protección y la determinación de las condiciones de ejercicio de las mismas se regularán reglamentariamente. En todo caso, se ajustará a las siguientes reglas: a) Para la adecuada instrucción del expediente, se solicitarán los informes a los servicios sociales de los municipios en que hubieran residido el niño y su familia o quienes vinieran ejerciendo potestad o cuidado sobre él. b) Además, se recabarán cuantos informes técnicos de carácter multidisciplinar, psicológicos, sociales, sanitarios, pedagógicos, o cualesquiera otros que sean necesarios para el completo conocimiento de las circunstancias del niño y de las posibilidades de atención en su propia familia. c) Durante la instrucción del expediente, deberán ser oídos el niño y quienes ejerzan potestad o guarda sobre el mismo, siempre que ello fuere posible. Podrán ser también oídas cuantas personas puedan aportar información sobre la situación del niño y su familia o personas que lo atendieran. d) Tanto quienes ejerzan potestad o guarda sobre el niño como él mismo si tiene doce años cumplidos, podrán proponer la audiencia de personas o la emisión de informes que aporten mayor información sobre los hechos examinados. e) La decisión será tomada por la Comisión de Protección a la Infancia y la Adolescencia, que contará para ello con un plazo máximo de tres meses desde el inicio del expediente. f) En los casos en que existan graves riesgos para el niño, que exijan una intervención urgente, se procederá a constituir de inmediato la tutela y a proporcionarle asistencia; y, g) La resolución adoptada será notificada de forma inmediata, y en todo caso en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a quienes hubieran venido ejerciendo potestad o guarda sobre el menor, comunicándoles la posibilidad de oposición en los términos previstos en la legislación procesal civil.

Asimismo, deberá comunicarse al Ministerio Fiscal de forma inmediata y al Registro Civil, conforme a lo previsto en la legislación estatal vigente. Será registrada en el Registro de Medidas de Protección e incluida en el Sistema Unificado de Información.

No obstante, como así lo dispone la normativa estatal, declarada la situación de desamparo la tutela se realizará a través del acogimiento familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo siguiente. Solo en los casos en los que este

no sea posible o resulte contrario al interés superior del niño, individualmente considerado, se propondrá el acogimiento residencial. La falta de posibilidad o conveniencia deberán ser adecuadamente justificadas de acuerdo a la evaluación y determinación del interés superior del niño en el caso concreto.

De todas formas, cuando la Comunidad de Madrid asuma la tutela o la guarda de un niño elaborará, de forma coordinada con las administraciones locales competentes en servicios sociales, un plan individual de protección en un plazo no superior a un mes y se asignará al menor un profesional de referencia al que acudirá siempre que lo considere. Este profesional de referencia le siempre acompañará en los procesos de toma de decisiones, audiencias, procedimientos, y a lo largo de la ejecución de las distintas medidas que puedan adoptarse, durante todo el tiempo que permanezca en relación con el sistema.

En cuanto al plan personal se recogerán los objetivos de la intervención, los medios disponibles para lograrlos, las medidas a llevar a cabo, incluidas aquellas que se vayan a poner en marcha con su familia de origen, y las que puedan ayudar al niño a conocer y asumir progresivamente su realidad socio familiar. Incluirá, también, una evaluación de la previsión de retorno, así como la identidad del profesional de referencia a la que se refiere el apartado 5 del artículo 88.

El objetivo del plan individual de protección será prioritariamente el retorno del niño con su familia de origen, siempre que este sea posible. En cualquier caso, se entenderá que el retorno no es posible cuando requiera de una intervención tan prolongada o incierta en el tiempo que pueda causar al niño daños psicológicos, sociales o de desarrollo evolutivo.

En los casos en los que la valoración de la posibilidad de retorno en estas condiciones sea negativa, el objetivo del plan individual de protección será su integración en una familia a través de una medida de protección estable, de acuerdo con su edad, sus características y necesidades.

Cuando el objetivo del plan individual sea el retorno, se favorecerán especialmente los contactos y relaciones con la familia de origen a fin de posibilitar el mantenimiento del vínculo y la adecuada asunción de los roles parentales. Se elaborará, asimismo, junto con las administraciones locales de su domicilio, un programa de reunificación, que se recogerá en el plan individual de protección, y que incluirá, tanto para el niño como para su familia, seguimiento, apoyo y formación hasta, al menos, dos años desde el cese de la medida de protección.

Es, por ello, que el plan individual de protección determinará el plazo dentro del cual debe producirse el retorno o adoptarse una medida de protección que implique la integración estable en una familia en función de la edad y circunstancias del niño protegido. En los casos en los que se argumente suficientemente que la intervención puede prolongarse más allá de este plazo sin que esto suponga un daño psicológico, social o en el desarrollo evolutivo del niño, será posible su prórroga motivada.

Lo cierto, es que este plan como la aplicación de las medidas de protección que implique, será revisado cuando sea necesario y al menos cada seis meses en los casos de niños mayores de tres años y cada tres meses en menores de esta edad y en niños sujetos a medidas de acogimiento residencial en centros para menores con problemas de conducta. En los casos en que para los menores de tres años se haya acordado como medida de protección el acogimiento familiar permanente

o la guarda con fines de adopción, la revisión del plan individual de protección podrá realizarse cada cuatro meses.

En fin, por un lado, las medidas que se prevean en el plan individual de protección tendrán en cuenta el derecho a mantener contacto y visitas con la familia de origen, tal y como aparece regulado en la presente Ley y en los artículos 160, 161, 172 ter, 176 bis y 178.4 del Código Civil, así como la continuidad en las relaciones socioafectivas del niño. En el desarrollo de estas visitas se valorará la conveniencia de que el niño sea acompañado por los acogedores, siempre que esto redunde en su interés superior y en la consecución de los objetivos previstos en el plan⁷⁵; y, por otra, procurar el retorno con la familia de origen⁷⁶.

Ahora bien, no hay, en principio, situación de riesgo y desamparo cuando existe una guarda de hecho del menor. No obstante, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. De todas formas cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores⁷⁷. Igualmente, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

En todo caso, puede proceder la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172⁷⁸. Si bien, en los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

En este contexto, serán aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (artículos 237 y 238 del Código Civil).

Sobre tales bases, tal como dispone el artículo 172.5 del Código Civil: “la Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiéndose que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor; c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido”.

NOTAS

¹ BOE, número 164, de 8 de julio de 2024, pp. 85412 a 85424.

² RTC 2023,12.

³ JUR 2924,140089.

⁴ LA LEY 252467/2024. El Tribunal Constitucional, con un voto particular discrepante y otro concurrente, ha estimado el recurso de amparo interpuesto por la madre de una menor contra tres autos recaídos en el proceso de ejecución de la sentencia de divorcio en la que se establecía un régimen de visitas progresivas de la hija común en favor del padre. Tales resoluciones judiciales se dictaron tras instar el progenitor la ejecución a raíz de la suspensión de las visitas por la negativa de la niña a entrar en el Punto de Encuentro Familiar (PEF), y fueron adoptadas mientras, de forma paralela, iban desarrollando actuaciones en el proceso penal seguido contra él por delitos de violencia de género. En ellas, los órganos judiciales exigieron de la madre una obligación positiva respecto de la realización de las visitas entre su hija y el padre, requiriéndole una actitud favorecedora y proactiva respecto de la relación entre ellos. Aceptaron que la madre delegase el acompañamiento de la niña al PEF en una tercera persona, como es la abuela materna, pero extendieron aquella obligación de favorecimiento que se mantenga la buena relación paternofilial a procurar que la abuela favoreciese, o convenciese, a la niña para estar con su padre.

La Sala considera que los autos impugnados han vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho. Argumento que no ofrecen la motivación reforzada exigida por el artículo 24.1 de la CE en un contexto de violencia de género, pues, no reflejan la existencia de indicios fundados que el divorcio contencioso y el posterior desarrollo del régimen de visitas entre el padre y su hija se produce en un contexto de violencia en que la madre de la niña es la víctima, desconociendo con ello las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género. Sostiene, además, el Tribunal Constitucional que requerir judicialmente a la progenitora custodia una actitud favorecedora de la realización del régimen de visitas y/o estancias establecido en un proceso de divorcio contencioso, o presumir en sede judicial que el interés superior del menor solo quedará preservado en un contexto en el que se favorezca las relaciones con el padre no custodio, contraviene el canon de motivación exigido por el artículo 24.1 de la CE que, es reforzado cuando quedan afectados derechos fundamentales o valores superiores de nuestro ordenamiento, como ocurre en el caso de la violencia de género con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón del sexo.

Es por ello que, entiende el Tribunal que en el supuesto examinado, al exigirse judicialmente de la demandante de amparo una actitud proactiva en relación con el cumplimiento del régimen de visitas y estancias en favor de su presunto agresor, desconociendo con ello las vulneraciones de derechos, empezando por la igualdad que, lleva aparejado todo incidente de violencia de género, se ha incurrido en una conculcación del deber de motivación reforzada que para estos casos impone el artículo 24.1 de la CE.

Como consecuencia de ello, declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en su vertiente de obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho por no haber tenido en cuenta las resoluciones impugnadas en su argumentación que el conflicto respecto de las visitas de la hija común menor de edad se produjo en el contexto de violencia de género sobre la recurrente por su ex marido. Además, para restablecer el derecho vulnerado declarada la nulidad de las resoluciones impugnadas, si bien no acuerda la retroacción de actuaciones dado que, por el tiempo trascurrido desde su dictado, las circunstancias relevantes para resolver sobre el régimen de visitas han cambiado.

⁵ BOE, número 45 de 20 de febrero de 2024.

⁶ RTC 2023,5.

⁷ BOE, número 72, de 22 de marzo de 2024.

⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996 (Roj STS 4858/1996; ECLI:ES:TS:1996:4858); de 12 de mayo de 2011 (Roj STS 2676/2011;

ECLI:ES:TS:2011:2676); de 31 de enero de 2013 (Roj STS 373/2013; ECLI: ES:TS:2013:373); de 6 de febrero de 2014 (Roj STS 247/2014; ECLI:ES:2014:247); de 9 de septiembre y 2 de diciembre de 2015 (Roj STS 3707/2015; ECLI:ES:TS:2015:3707; Roj STS 5220/2015; ECLI:ES:TS:2015:5220); de 18 de julio de 2019 (Roj. STS 2564/2019; ECLI:ES:TS:2019:2564); de 16 de enero; de 2 de junio; 26 de octubre; y, de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61; Roj. STS 1687/2020; ECLI:ES:TS:2020:1687; Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562; Roj. STS 4482/2020; ECLI:ES:TS:2020:4482).

⁹ Vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 875; del mismo autor, (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores". En: M^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 108; GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). "Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción". En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia*, vol. 2º, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 948-949 y 953; GUI-LARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor". En: V. Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo blanch, p. 100 señala, al respecto, que "en esta materia, el interés del menor se conecta, de una parte, a un deseable retorno a la familia biológica que decaerá si la protección de este interés lo desaconseja y, de otra, a su derecho a relacionarse con su familia de origen durante el tiempo de vigencia de la medida de protección, salvo que se considere contrario a su interés".

¹⁰ ADROHER BIOSCA, D. (2017). "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En: M^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 41; HUETE NO-GUERAS, J.J. (2017). "Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal". En: M^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, pp. 89-90; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016), "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", *op. cit.*, p. 491. Asimismo, como concepto jurídico indeterminado deber ser valorado "en cada caso concreto a los efectos de justificar que la medida adoptada es la más conveniente para el menor" vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores", *op. cit.* p. 108; VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los protagonistas". En: M^a. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 521.

No obstante, para LLODRÁ GRIMALT, F. (2018). "Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores, Madrid: Dykinson, p. 223 prefiere emplear la expresión "en beneficio" por cuanto obliga a tomar en cuenta el beneficio directo, subjetivo, personal, singular y real del destinatario de una actuación administrativa.

¹¹ Esta vulnerabilidad bien puede tener lugar por la carencia de entorno familiar, por sufrir maltrato, por su discapacidad, por su orientación e identidad sexual, por su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, y por su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante (artículo 2.3 b) de la LOPJM). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 3 de mayo de 2023 (JUR 2023,300246).

¹² Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”, *op. cit.*, 125 es necesario que “el intérprete valore y combine dos factores que influyen decisivamente en el desarrollo del menor y es conforme con su personalidad: en primer lugar, el factor tiempo que en todas las cuestiones relativas a la infancia y a la adolescencia es determinante; (...) Y en segundo lugar, el factor de estabilidad que permite la integración y desarrollo de los niños en sociedad y que obliga a analizar con especial cuidado cualquier cambio de situación material o emocional que afecte negativamente al niño”.

¹³ Lo que conlleva, asimismo, minimizar los riesgos que, cualquier cambio de situación material o emocional que pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (artículo 2.3 d) de la LOPJM).

¹⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, de 16 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44371).

¹⁵ RJ 2022,1024.

¹⁶ RTC 2020,178.

¹⁷ RTC 2020,141.

¹⁸ RTC 1996,187.

¹⁹ RTC 2018,77.

²⁰ RTC 2019,99.

²¹ RTC 2002,22.

²² RTC 2001, 28.

²³ RTC 2004,71.

²⁴ RTC 2024,2.

²⁵ RTC 2023,5.

²⁶ RTC 2000,141.

²⁷ RTC 2002,221.

²⁸ RTC 2004,71.

²⁹ RTC 2005,152.

³⁰ RTC 2006,17.

³¹ RTC 2019,64.

³² RTC 2011,12.

³³ RTC 2019,64.

³⁴ Este principio parte de la consideración de orientar las medidas de protección a la permanencia en el entorno familiar con medidas de apoyo, pero cuando ello no sea posible, se ha acudir como remedio subsidiario a la integración del menor en otra familia. Así el artículo 2.2 c) de la LOPJM establece que, se prioriza la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial; asimismo, el artículo 21 bis.3 de la LOPJM con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, se reitera que, prevalece la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para los menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor.

³⁵ BOE, número 231, de 27 de septiembre de 2021, pp. 117523 a 117528. Se compone de once artículos. Precisamente, en su artículo 11 de la Orden dispone que “La presente orden surtirá efectos el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” —28 de septiembre de 2021—.

³⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de abril de 2019 (Roj. STS 1413/2019; ECLI:ES:TS:2019:1413); de 15 de septiembre de 2021 (Roj STS 3374/2021; ECLI:ES:TS:2021:3374); 12 de mayo de 2022 (Roj. STS 1957/2022; ECLI:ES:TS:2022:1957);

18 de mayo de 2022 (Roj. STS 2032/2022; ECLI:ES:TS:2022:2032); y, 26 de mayo de 2022 (Roj STS 2193/2022; ECLI:ES:TS:2022:2193).

³⁷ SÁNCHEZ MELGAR, J. (2021). “La prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 32, p. 2

³⁸ En la Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión del 23 de abril de 2024, sobre desarrollo y refuerzo de los sistemas integrados de protección a la infancia que redunden en el interés superior del niño recomienda a los Estados miembros que adopten todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas adecuadas para prevenir el acoso escolar y proteger a la infancia contra el acoso escolar, incluido el ciberacoso, mediante planes integrales contra el acoso escolar. Estas medidas, teniendo debidamente en cuenta la edad y las vulnerabilidades de los niños, deben tener por objetivo combatir la violencia, los prejuicios y la discriminación y fomentar la empatía y un ambiente de protección positivo y seguro en la escuela y en sus alrededores, en las actividades de ocio y en las digitales. Los profesores y los educadores, las autoridades educativas, los profesionales de la asistencia sanitaria (incluida la salud mental), los estudiantes y las familias deben participar en la elaboración de estas medidas. Las medidas deben garantizar la prevención y la detección temprana y proporcionar directrices, formación y herramientas prácticas claras a las víctimas, los circunstantes, como los profesores, el personal de la escuela, los entrenadores, los estudiantes, los padres, y los autores, sobre cómo tratar el acoso escolar y hacerle frente. Dichas medidas también deben comprender la divulgación de información sobre cómo denunciar e intervenir en casos de acoso escolar, cómo buscar ayuda y apoyo y cómo revertir los comportamientos abusivos y tóxicos.

³⁹ El artículo 7 relativo de la LOPDPGDD al consentimiento de los menores de edad dispone al respecto que: “1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando *sea mayor de catorce años*. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”.

⁴⁰ La IA está presente en múltiples aplicaciones y funcionalidades de las que hacen uso tanto adultos como menores, como en el caso de asistentes virtuales, videojuegos, plataformas educativas o filtros de contenido en redes sociales. No obstante, la popularidad de la inteligencia artificial actual se debe a aplicaciones centradas en procesos específicos para determinadas tareas entre las que destacan: 1. Chatbots y asistentes virtuales; 2. ChatGpt y otros generadores de texto; 3. Filtros para fotos y videos en redes sociales; DALL-E y generación de imágenes para arte digital; IA en videojuegos; traductores automáticos; e internet de las cosas (IoT).

⁴¹ El Reglamento de servicios digitales, en su artículo 3 letra d) define el “destinatario del servicio” como: “toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible”; y, como “contenido ilícito”: toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho (artículo 3 letra h)). El artículo 15 les impone obligaciones de transparencia informativa. Así en su número 1 dispone que: “Los prestadores de servicios intermediarios publicarán en un formato legible por máquina y de forma fácilmente accesible, al menos una vez al año, informes claros y fácilmente comprensibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante el período pertinente. Esos informes incluirán, en particular, información sobre lo siguiente, según proceda: a) en el caso de los prestadores de servicios intermediarios, el número de órdenes recibidas de las autoridades de los Estados miembros, incluidas las órdenes dictadas de conformidad con los artículos 9 y 10, categorizadas según el tipo de contenido ilícito de que se trate, el

Estado miembro que haya dictado la orden y el tiempo medio necesario para informar a la autoridad que haya dictado la orden, o a cualquier otra autoridad especificada en la orden, de su recepción, y para dar curso a la orden; b) en el caso de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, el número de notificaciones enviadas de conformidad con el artículo 16, clasificadas según el tipo de contenido presuntamente ilícito de que se trate, el número de notificaciones enviadas por alertadores fiables, toda actuación que se haya llevado a cabo en virtud de dichas notificaciones distinguiendo si esta se hizo conforme al Derecho o a las condiciones generales del prestador, el número de notificaciones tratadas únicamente por medios automatizados y el tiempo medio necesario para adoptar medidas; c) en el caso de los prestadores de servicios intermediarios, información significativa y comprensible sobre la actividad de moderación de contenidos realizada por iniciativa propia del prestador, incluido el uso de herramientas automatizadas, las medidas adoptadas para proporcionar formación y asistencia a las personas encargadas de la moderación de contenidos, el número y el tipo de medidas adoptadas que afecten a la disponibilidad, visibilidad y accesibilidad de la información proporcionada por los destinatarios del servicio y a la capacidad de los destinatarios para proporcionar información a través del servicio, y otras restricciones conexas del servicio; la información proporcionada se clasificará según el tipo de contenido ilícito o infracción de las condiciones generales del prestador del servicio de que se trate, según el método de detección y según el tipo de restricción aplicado; d) en el caso de los prestadores de servicios intermediarios, el número de reclamaciones recibidas a través de los sistemas internos de gestión de reclamaciones de conformidad con las condiciones generales del prestador y además, para los prestadores de plataformas en línea, de conformidad con el artículo 20, la base de dichas reclamaciones, las decisiones adoptadas en relación con dichas reclamaciones, el tiempo medio necesario para adoptar dichas decisiones y el número de ocasiones en que dichas decisiones fueron revocadas; e) el uso de medios automatizados con fines de moderación de contenidos, incluyendo una descripción cualitativa, una especificación de los fines precisos, los indicadores de la precisión y la posible tasa de error de los medios automatizados empleados para cumplir dichos fines, y las salvaguardias aplicadas”.

Por su parte, en su considerando número 2 que: “los Estados miembros están adoptando, o considerando adoptar, un número creciente de normas de Derecho nacional sobre las materias que regula el presente Reglamento, imponiendo, en particular, requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios por lo que se refiere al modo en que deben hacer frente a los contenidos ilícitos, la desinformación y otros riesgos para la sociedad. Habida cuenta del carácter intrínsecamente transfronterizo de internet, que es el medio utilizado en general para la prestación de dichos servicios, las divergencias entre esas normas de Derecho nacional afectan negativamente al mercado interior, el cual, en virtud del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas. Deben armonizarse las condiciones para la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior, a fin de que las empresas tengan acceso a nuevos mercados y puedan aprovechar las ventajas del mercado interior, al tiempo que se permite a los consumidores y otros destinatarios de los servicios disfrutar de una mayor oferta. Se considera que tanto los usuarios profesionales como los consumidores y otros usuarios son “destinatarios de los servicios” a efectos del presente Reglamento”. En esta línea de refuerzo, el considerando número 3 dispone que: “Es esencial que los prestadores de servicios intermediarios se comporten de modo responsable y diligente para crear un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, y para que los ciudadanos de la Unión y otras personas puedan ejercer los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”), en particular la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la no discriminación y la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores”.

En cuanto al contenido ilícito, el considerando número 12 establece que: “A fin de alcanzar el objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, para

los efectos del presente Reglamento, el concepto de “contenido ilícito” debe reflejar a grandes rasgos las normas vigentes en el entorno fuera de línea. Concretamente, el concepto de “contenido ilícito” debe definirse de manera amplia para abarcar la información relacionada con contenidos, productos, servicios y actividades de carácter ilícito. En particular, debe entenderse que dicho concepto se refiere a información, sea cual sea su forma, que sea de por sí ilícita en virtud del Derecho aplicable, como los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos, o que las normas aplicables consideren ilícita por estar relacionada con actividades ilícitas. Ejemplos de ello son el intercambio de imágenes que representen abusos sexuales de menores, el intercambio ilícito no consentido de imágenes privadas, el acoso en línea, la venta de productos no conformes o falsificados, la venta de productos o la prestación de servicios que infrinjan el Derecho en materia de protección de los consumidores, el uso no autorizado de material protegido por derechos de autor, la oferta ilegal de servicios de alojamiento o la venta ilegal de animales vivos. En cambio, el vídeo de un testigo presencial de un posible delito no debe considerarse contenido ilícito por el mero hecho de que muestre un acto ilícito, cuando la grabación o difusión pública de dicho vídeo no sea ilícita con arreglo al Derecho nacional o de la Unión. En este sentido, es irrelevante tanto que el carácter ilícito de la información o actividad se derive del Derecho de la Unión o del Derecho nacional que sea conforme con el Derecho de la Unión, como la naturaleza o materia precisa del Derecho aplicable”.

Respecto a las redes sociales y demás plataformas digitales el considerando número 13 señala que: “Habida cuenta de las características concretas de los servicios considerados y la correspondiente necesidad de someter a sus prestadores a determinadas obligaciones específicas, es preciso distinguir, dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que se define en el presente Reglamento, la subcategoría de las plataformas en línea. Cabe definir a las plataformas en línea, como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio. Sin embargo, a fin de evitar la imposición de obligaciones excesivamente generales, los prestadores de servicios de alojamiento de datos no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público sea tan solo una característica menor o meramente accesorio que esté inextricablemente unida a otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal, y dicha característica o funcionalidad no pueda utilizarse, por razones técnicas objetivas, sin ese otro servicio o servicio principal, y la integración de dicha característica o funcionalidad no sea un medio para eludir la aplicabilidad de las disposiciones del presente Reglamento aplicables a las plataformas en línea. Por ejemplo, la sección de comentarios de un periódico en línea podría ser una característica de esta índole, cuando no quepa duda de que es auxiliar al servicio principal constituido por la publicación de noticias bajo la responsabilidad editorial del editor. En cambio, el almacenamiento de comentarios en una red social debe ser considerado un servicio de plataforma en línea cuando quede claro que no es una característica menor del servicio ofrecido, aunque sea accesorio a la publicación de las entradas de los destinatarios del servicio. A efectos del presente Reglamento, los servicios de computación en nube o de alojamiento web no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público de información específica constituya una característica menor y auxiliar o una funcionalidad menor de dichos servicios.

Además, los servicios de computación en nube y de alojamiento web que sirven como infraestructura, como los servicios infraestructurales de almacenamiento y computación para una aplicación basada en internet, un sitio web o una plataforma en línea, no deben ser considerados en sí mismos servicios de difusión al público de la información almacenada o tratada a petición de un destinatario de la aplicación, el sitio web o la plataforma que alojen”.

Por otra parte, el Reglamento de Inteligencia Artificial también impone obligaciones de transparencia a los proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas

de IA en su artículo 50 manifestando al respecto que: 1. Los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas se diseñen y desarrollen de forma que las personas físicas de que se trate estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA autorizados por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros, salvo que estos sistemas estén a disposición del público para denunciar un delito penal. 2. Los proveedores de sistemas de IA, entre los que se incluyen los sistemas de IA de uso general, que generen contenido sintético de audio, imagen, vídeo o texto, velarán por que los resultados de salida del sistema de IA estén marcados en un formato legible por máquina y que sea posible detectar que han sido generados o manipulados de manera artificial. Los proveedores velarán por que sus soluciones técnicas sean eficaces, interoperables, sólidas y fiables en la medida en que sea técnicamente viable, teniendo en cuenta las particularidades y limitaciones de los diversos tipos de contenido, los costes de aplicación y el estado actual de la técnica generalmente reconocido, según se refleje en las normas técnicas pertinentes. Esta obligación no se aplicará en la medida en que los sistemas de IA desempeñen una función de apoyo a la edición estándar o no alteren sustancialmente los datos de entrada facilitados por el responsable del despliegue o su semántica, o cuando estén autorizados por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. 3. Los responsables del despliegue de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica informarán del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él y tratarán sus datos personales de conformidad con los Reglamentos (UE) 2016/679 y (UE) 2018/1725 y con la Directiva (UE) 2016/680, según corresponda. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para la categorización biométrica y el reconocimiento de emociones que hayan sido autorizados por ley para detectar, prevenir e investigar delitos, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros y de conformidad con el Derecho de la Unión. 4. Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando la ley autorice su uso para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. Cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, las obligaciones de transparencia establecidas en el presente apartado se limitarán a la obligación de hacer pública la existencia de dicho contenido generado o manipulado artificialmente de una manera adecuada que no dificulte la exhibición o el disfrute de la obra. Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule texto que se publique con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público divulgarán que el texto se ha generado o manipulado de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando el uso esté autorizado por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, o cuando el contenido generado por IA haya sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial y cuando una persona física o jurídica tenga la responsabilidad editorial por la publicación del contenido. 5. La información a que se refieren los apartados 1 a 4 se facilitará a las personas físicas de que se trate de manera clara y distinguible a más tardar con ocasión de la primera interacción o exposición. La información se ajustará a los requisitos de accesibilidad aplicables. 6. Los apartados 1 a 4 no afectarán a los requisitos y obligaciones establecidos en el capítulo III y se entenderán sin perjuicio de otras obligaciones de transparencia establecidas en el Derecho nacional o de la Unión para los responsables del despliegue de sistemas de IA. 7. La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión para promover la aplicación efectiva de las obligaciones relativas a la detección y el etiquetado de contenidos generados o manipulados de manera artificial. La Comisión podrá adoptar actos de ejecución a fin de aprobar dichos códigos de buenas prácticas, de conformidad con el procedimiento estable-

cido en el artículo 56, apartado 6. Si considera que el código no es adecuado, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución que especifique normas comunes para el cumplimiento de las citadas obligaciones de conformidad con el procedimiento de examen establecido en el artículo 98, apartado 2”.

⁴² Para MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). “La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios”, *op. cit.*, 131 se trata de “un elenco amplio y heterogéneo de actuaciones que tienden tanto a reducir o eliminar los factores de riesgo como fortalecer los factores de protección”.

⁴³ Como precisa MÚRTULA LAFUENTE, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid: Dykinson, p. 143 “los especialistas advierten que el SAP no se podría alegar en casos de violencia de género porque ese “lavado de cerebro” o animadversión hacia la figura paterna, estaría justificada al haber sido los hijos de esa relación víctimas y testigos de la violencia del padre hacia su madre”.

⁴⁴ DE LA TORRE LASO, J. (2006) “Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situación de ruptura familiar”, *Anuario de Psicología jurídica*, vol. 16, p. 71.

Por su parte, la Ley 3/2019, de 6 de marzo Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid dispone en el apartado II de su *Preámbulo* que: “El interés superior del menor puede aconsejar hacer uso de un Punto de Encuentro Familiar por dos motivos fundamentales, bien porque se encuentra bajo la tutela y protección de la Administración como consecuencia de una situación de desarraigo familiar y social, bien por la existencia de un procedimiento de separación, divorcio, nulidad o ruptura de las uniones de hecho que altera o modifica la relación con alguno de sus progenitores. En ambas situaciones, y con la finalidad de garantizar el derecho del menor a mantener un contacto apropiado con sus progenitores y sus familias, las administraciones competentes en materia de servicios sociales y los órganos judiciales, pueden establecer regímenes de visitas. Tales regímenes de visitas, en ocasiones, se pueden ver alterados o interrumpidos por diversos motivos, lo que provoca un elevado número de incumplimientos que desembocan en denuncias y procedimientos judiciales, debiéndose recurrir en los supuestos más extremos a la policía para hacer cumplir el derecho del menor para relacionarse con sus progenitores. Para dar solución a estas situaciones y paliar los efectos negativos que tienen sobre los niños y las niñas, surgen los Puntos de Encuentro Familiar como un recurso neutral cuya finalidad es facilitar el cumplimiento del régimen de visitas adaptándolo a la nueva situación y garantizar así el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores y sus familias en un ambiente de normalidad, al mismo tiempo que se facilita a los progenitores el cumplimiento de sus responsabilidades y derechos parentales y se les proporciona un espacio en el que recomponer las relaciones, siempre que la ruptura de la convivencia no obedezca al ejercicio de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones o presunción de abusos sexuales. Como se ha dicho anteriormente, en estos casos se considera desaconsejable establecer regímenes de visitas pero conforme a la vigente redacción del artículo 94 del Código Civil, aún es posible”. A esto añade dicho apartado que “corresponde a la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 26.1.23, 26.1.24 y 26.1.25 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, modificada por las Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo, y 5/1998, de 7 de julio, el desarrollo de políticas públicas de promoción, ayuda, protección y tutela de los grupos sociales necesitados de especial atención. La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, establece una serie de medidas tendentes a proteger a los menores y en particular en su artículo 48, en materia de protección social y jurídica, señala que c) Se reconoce de interés público el buen ejercicio del cuidado y asistencia de los padres a sus hijos, por lo que en caso de deficiencias e irregularidades que puedan provocar riesgos de daños de cualquier tipo a los menores, por las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid ofertarán Servicios de Apoyo y Atención a la Infancia y la Familia; d) se favorecerá la atención del menor en su propia familia siempre que ello sea posible, procu-

rándose la participación de los padres o familiares más próximos al menor en el proceso de normalización de su vida social; e) En caso necesario se facilitarán a los menores recursos alternativos a su propia familia, que garanticen un medio idóneo para su desarrollo integral, adecuada evolución de su personalidad y atención educativa, procurándose mantener la convivencia entre hermanos”.

Por otra parte, en su artículo 2.1 define el Punto de Encuentro Familiar como “el servicio social especializado en el que se presta atención profesional orientada a garantizar y facilitar, con carácter temporal que los hijos e hijas menores puedan mantener relaciones con su padre, madre, familia de ambos, persona que tenga atribuida la tutela o la guarda en la situaciones que resulten de los procesos de familia y otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso o hasta que lo determine la autoridad judicial. A este servicio social y especializado se accederá por resolución judicial o administrativa”.

A tal fin, se indica en el citado precepto en su apartado tercero que “el Punto facilitará el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y otros parientes o allegados mencionados en el artículo 14 de esta Ley, velando por su seguridad en dichas relaciones, mediante una intervención temporal de carácter psicológico, educativo y jurídico por parte de profesionales debidamente capacitados y formados, al objeto de normalizar y dotar a los usuarios de la autonomía suficiente para relacionarse fuera de este servicio. Reglamentariamente se establecerán los requisitos específicos, normas y condiciones mínimas de los Puntos de Encuentro. Y, en el desarrollo de las funciones de los Puntos de Encuentro Familiar, en los supuestos derivados por un asunto de violencia de género o presunción de la misma, o de cualquier otro supuesto en que se sospeche de la existencia de cualquier abuso sobre los menores en el ámbito familiar, se atenderá al principio del interés superior de las víctimas de tales intervenciones”.

Ahora bien, entre los *principios rectores de la actuación de los Puntos de Encuentro Familiar* los siguientes: 1. El interés superior del menor, siendo siempre prioritaria la seguridad y protección del menor, su integridad física y psíquica y en definitiva el bienestar del menor. 2. La neutralidad de modo que los Puntos de Encuentro Familiar lleven a cabo sus intervenciones con objetividad, imparcialidad y salvaguardando la igualdad de las partes en conflicto. En los casos derivados por violencia de género o cuando se presuma o existan sospechas de algún otro tipo de maltrato o abusos sexuales primará el principio del interés superior de las víctimas. 3. La confidencialidad, a fin de que los datos de carácter personal obtenidos en el Punto de Encuentro Familiar sean confidenciales, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente y los que deban comunicarse al órgano remitente por referirse al desarrollo de las visitas o tengan incidencia en las mismas y en todo caso cuando sean solicitados por el órgano judicial. 4. La subsidiariedad, entendiéndose que las derivaciones al Punto de Encuentro Familiar únicamente se efectuarán cuando sea el único medio posible para facilitar las relaciones entre el menor y su familia y tras haber agotado otras vías de solución. 5. La temporalidad, ya que la actuación del Punto de Encuentro Familiar tendrá carácter temporal, convirtiéndose en un instrumento puntual para conseguir la normalización de las relaciones entre el menor y sus progenitores así como con el resto de su familia, en su caso. 6. La especialización, pues se trata de un servicio social con funciones de atención social especializada conforme lo previsto en el artículo 33 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. El personal que preste sus servicios en un Punto de Encuentro Familiar deberá contar con experiencia y formación especializada acreditadas en, al menos, las siguientes materias: derecho de familia, menores, discapacidad, igualdad de género, violencia de género y resolución pacífica de conflictos. Asimismo deberán carecer de antecedentes penales por delitos relacionados con la violencia doméstica o de género, contra las relaciones familiares y contra la libertad e indemnidad sexual. Y, 7. Responsabilidad parental: la intervención del Punto de Encuentro Familiar prestará apoyo a los progenitores u otros miembros de la familia en el ejercicio de sus funciones (artículo 3).

Y como *fin*es de un Punto de Encuentro Familiar los siguientes: 1. Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas como un derecho fundamental del menor orientado a su desarrollo y protección integral. 2. Velar por el derecho y facilitar el encuentro de los progenitores y demás familiares con el menor. 3. Velar, durante el cumplimiento del régimen de visitas, por la seguridad y el bienestar físico, proporcionando un espacio adecuado de carácter neutral, y fomentar el equilibrio psicológico y social del menor, y en particular de cualquier persona vulnerable del núcleo familiar. 4. Facilitar a las personas usuarias la posibilidad de llegar a acuerdos encaminados a resolver el conflicto en que están inmersos. Se podrá acudir a la mediación siempre y cuando no se trate de un asunto derivado por violencia de género, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. 5. Proporcionar el asesoramiento y orientación profesional para desarrollar las habilidades parentales necesarias que mejoren las relaciones familiares y las habilidades de cuidado, crianza y educación, con la finalidad de conseguir que la relación con los menores goce de autonomía, sin necesidad de depender de este recurso. 6. Garantizar la presencia de un equipo técnico multidisciplinar con formación específica que asegure el desarrollo y la ejecución de las visitas entre los menores y los progenitores, familiares y otras personas con derecho a visitas. Y, 7. Disponer de información objetiva para las instituciones administrativas y judiciales que derivan con el fin de garantizar los derechos del menor (artículo 4).

⁴⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. *et al.* (2021). *Manual de buenas prácticas en los puntos de encuentro familiar*, A Coruña: Universidade A Coruña, p. 6.

⁴⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, de 18 de julio de 2006 (Roj. SAP NA 401/2006; ECLI:ES:APNA:2006:401).

En las Conclusiones del CGPJ de 2000 se indica que los tribunales y los juzgados valoran los recursos sociales imprescindibles para que o jueces que resuelven procesos de Derecho de Familia puedan garantizar el derecho de visitas y estancias de los menores con su progenitor no custodio.

⁴⁷ BALSELLS BAILÓN, MªA., VAQUERO TIÓ, E.; y FERNÁNDEZ RODRIGO, L. (2020), *El ejercicio de la parentalidad positiva en un mundo digital*, Lleida: Fundación La Caixa, p. 8.

⁴⁸ En esta línea, el artículo 32 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid relativo a la Detección precoz y deber de comunicación de las situaciones de violencia señala que: “1. Las personas obligadas conforme a la legislación estatal por el deber general de comunicación de situaciones de violencia contra la infancia que no revistieran carácter delictivo, lo realizarán ante la autoridad competente para recibir estas comunicaciones en la Comunidad de Madrid. A estos efectos, la autoridad competente será cualquier profesional del Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, ya sea de atención primaria o especializada. 2. La comunicación a que se refiere el párrafo anterior deberá realizarse de forma inmediata y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos. 3. En todo caso, las personas a las que se refiere el apartado 1 deberán prestar a la víctima la atención inmediata que precise, en los términos establecidos en la legislación del Estado y facilitar toda la información de que dispongan, así como prestar su máxima colaboración a las autoridades competentes. 4. La Comunidad de Madrid y las entidades locales establecerán reglamentariamente los medios de comunicación en casos o sospechas de casos, relativos a niños que son víctimas de violencia, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, debiendo ser medios seguros, eficaces, confidenciales y accesibles, que respeten la confidencialidad, debiendo determinar los medios específicos para los niños que fueran víctimas de violencia o presenciaran alguna situación de violencia sobre otra persona menor de edad, debiendo estar adaptados a los mismos. 5. La Comunidad de Madrid garantizará el apoyo a los medios para la comunicación, tales como líneas telefónicas gratuitas de ayuda a la infancia, así como su conocimiento por parte de la sociedad civil como herramienta esencial a disposición de todas las personas, para la prevención, detección precoz y adecuada intervención ante situaciones de violencia sobre los niños. 6. La Comunidad de Madrid regulará reglamentariamente los requisitos y funciones del coordinador de bienestar y protección

de los centros educativos y del delegado de protección para el ámbito del deporte, ocio y tiempo libre en los términos establecidos en la legislación vigente. Las comunicaciones a las autoridades competentes se podrán canalizar a través de los titulares de los centros o a través de las citadas figuras. No obstante, se podrá proceder a comunicar los hechos directamente por quien los haya detectado o conocido; y, 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, el delegado de protección, el director del centro o la persona que haya detectado la situación de violencia detectada sobre un niño, se lo comunicará, con carácter general, a sus padres, tutores o guardadores, salvo que existan indicios de que la mencionada violencia haya sido ejercida, inducida o tolerada por estos o de que su reacción ante la revelación pueda poner en riesgo al niño”.

⁴⁹ GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2018). “Comentario al artículo 14 de la Ley 26/2021”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, pp. 257 y 259 se refiere a “episodios muy concretos como la localización del menor solo en la vía pública o en estado de embriaguez. En estos casos, la Policía o el Centro Hospitalario se podrán en contacto con el Ministerio Fiscal que acordará el ingreso del menor en un centro de primera acogida de la entidad pública”.

⁵⁰ GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, op. cit., p. 1037; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, op. cit., 877 precisa que es una medida de protección derivada de una situación de suma urgencia y de carácter transitorio; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre, p. 129 igualmente, precisa que, esta guarda responde a una situación de urgencia, pero que por llevar aparejada una cierta inseguridad jurídica, se limita en el tiempo.

⁵¹ Para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo blanch, p. 510 con esta definición de la situación de riesgo se introduce un desamparo de menor intensidad o de un desamparo atenuado. Y añade que, con las actuaciones en caso de riesgo no existe desatención del menor, pero si un peligro cierto que puede llegar a producirse.

⁵² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4^a, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022, 31464) menores cuidados y alimentados por la vecina; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1^a, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023, 212767) existencia de graves factores de riesgo para la evolución y desarrollo de la menor que no posibilitan un adecuado ejercicio de los deberes de guarda por parte de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, de 28 de noviembre de 2023 (JUR 2014, 68704) han utilizado con los menores el ocultismo.

⁵³ En esta línea, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). “La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios”, op. cit., 141.

⁵⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”, op. cit., p. 105.

⁵⁵ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). LOPEZ AZCONA A., “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, enero, p. 14; MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (2017). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. En: M^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 221-222; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). “Las instituciones de protección a la infancia y

adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015", *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre, p. 4; MÚRTULA LA FUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género". En: M^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 15.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,406008) grave peligro prenatal debido al estado de salud mental de la madre, el rechazo y nula adherencia al tratamiento farmacológico prescrito, la desatención de los cuidados prenatales, el consumo de sustancia tóxicas y el ejercicio de la prostitución y comportamientos agresivos de la madre.

⁵⁶ Al efecto en la Recomendación número 24, página 51 se disponía que "se ha de establecer cómo situación de desamparo, la que sufre el menor recién nacido (siempre que no existan familiares que pudieran hacerse cargo adecuadamente del mismo), si una vez nacido se constata que padece alguna lesión o enfermedad como consecuencia directa del comportamiento de la madre durante la gestación, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que hubiera podido incurrir. En todo caso, garantizar que la Administración adoptará las medidas de protección necesaria para preservar la seguridad del menor, hasta tanto se determine la posibilidad de protección por parte de la familia biológica. Además, ante la necesidad de actuar con celeridad, imponer también protocolos de actuación para el seguimiento preventivo cuando se detecten o se tenga noticia de situaciones de maltrato prenatal, para garantizar que el recién nacido quedará debidamente asistido cuando se llegue a verificar el nacimiento".

PANIZA FULLANA, A. (2018). "Comentario al artículo 17 apartado 9 de la Ley 26/2015". En: Francisco Lledó Yagüe; María Pilar Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, M^a.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, 269. Por su parte, para DíEZ GARCÍA, H. (2016). "Comentario al artículo 172 del Código Civil", *op. cit.*, 512 debe valorarse positivamente esta forma de operar por parte del legislador en este caso, pues "aun cuando la protección del derecho a la vida y a la integridad del menor imponga una actuación administrativa rápida y eficaz, no deben obviarse los perjuicios irremediables que una intervención no mediata o precipitada puede ocasionar al mismo menor y a su familiar de origen. Ello obliga, en tales casos, a extremar la prudencia". De otra parte, añade que "conviene tener presente que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica no está aún sujeto a potestad alguna, por lo que malamente puede ésta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, todavía estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido".

⁵⁷ El artículo 52.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco en relación con las actuaciones en situaciones de riesgo dispone que "2. Cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo; el artículo 32.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero de protección de menores de La Rioja en relación con las políticas de prevención de situaciones de riesgo de desprotección social establece que "4. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo"; y, el artículo 110.4 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña que señala, asimismo, que "La declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento es procedente cuando se prevé cla-

ramente la situación de desamparo del recién nacido. En los supuestos de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido”.

⁵⁸ DÍEZ GARCÍA, H. (2016) “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercof Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 511

⁵⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de diciembre de 2023 (JUR 2024,35362); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 7 de diciembre de 2023 (JUR 2024,68936).

⁶⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 16 de enero de 2024 (JUR 2024,119172) dispone, al respecto que, en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un desequilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno filiales; de tal manera que, solo se estima la existencia de desamparo cuando se acredita efectivamente el incumplimiento de uno mínimos de atención al menor exigibles por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, no se ha acreditado por medio alguna la mejora de las circunstancias personales, que permitan hacer pensar que la situación ha variado. No se han dado elementos que permitan pensar con la suficiente y necesaria seguridad que, han cesado los elementos de incidencia perjudicial sobre los menores que comportan su situación de desamparo.

⁶¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2023 (JUR 2024,29450) menor que lleva prácticamente desde que nació en una situación de desatención material y moral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 28 de noviembre de 2023 (JUR 2024,68704) situación de riesgo debido a la falta de colaboración de los progenitores. Se está exponiendo a los menores a un riesgo mayor por haber utilizado éstos el ocultismo ante la problemática que manifestaron las niñas estar viviendo, por lo que el hogar familiar no es seguro para las menores, dado que las figuras de referencia no les ofrecen la protección necesaria.

⁶² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 10 de junio de 2021 (JUR 2021,33410); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 24 de noviembre de 2021 (JUR 2022,60883); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 21 de enero de 2022 (JUR 2022,126133) malos tratos por parte de la pareja de la madre; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 15 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53361); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 22 de noviembre de 2023 (JUR 2024,51634).

⁶³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2021,104965) maltrato prenatal por consumo de drogas durante el embarazo y antecedentes de intervención sobre hijos anteriores de los dos progenitores; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 12 de enero de 2022 (JUR 2022,138689).

⁶⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 26 de julio de 2023 (JUR 2023,352159) falta de higiene de los menores en la vivienda, absentismo escolar, falta de colaboración de los padres y conflictos entre ellos; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 4 de octubre de 2023 (JUR 2023,409000) desamparo que se considere que existió en el momento de nacimiento de la menor por la situación de consumo abusivo de alcohol por parte de la madre.

El artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por instrumento de 18 de marzo de 2014 reconoce que los niños pueden ser víctimas de violencia como testigos directos y se prevé la importancia de la creación de un servicio de protección y apoyo a los mismos y consejo psicosocial.

⁶⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 14 de junio de 2021 (JUR 2021,369784); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,281469); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de abril

de 2023 (JUR 2023,310143); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024,116746).

⁶⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 15 de enero de 2020 (JUR 2020,45465) madre que se encuentra en España desde hace ocho años, sin los conocimientos mínimos del idioma para poder desenvolverse con cierta normalidad, sin acudir al centro médico durante el embarazo para hacer un mínimo seguimiento, que vive en un lugar que no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad, faltando los servicios mínimos indispensables para acoger a un bebe, sin trabajo, sin soporte del padre de la niña que la dejó y sin conciencia que dicha situación no es favorable, ni adecuada para tener a un bebé; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 15 de febrero de 2023 (JUR 2023,167152) padre con actitud totalmente pasiva ante la situación de negligencia y maltrato emocional de la progenitora custodia; lo que evidencia carencia de habilidades parentales; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53233) constatación por la Guardia Civil que los menores se encontraban solos en el domicilio familiar, desnudos y acostados en una cama tapados exclusivamente con varias mantas, sin saber dónde se encontraba su madre y la vivienda estaba sucia, con utensilio y enseres tirados por el suelo, platos con comida en mal estado y muchas colillas tiradas también por el suelo que estaba sucio.

⁶⁷ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 20 de mayo de 2022 (JUR 2023,279980); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 27 de enero de 2020 (JUR 2020,174322); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 28 de diciembre de 2022 (JUR 2023,405880) absentismo escolar que no se remedia con una posible cobertura en el mismo domicilio familiar.

⁶⁸ Para CARDONA GUASCH, O. (2018). "Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; Mª. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, los criterios de desamparo "no tienen carácter acumulativo; las circunstancias concernientes han de revestir la suficiente gravedad para que proceda la actuación de la Administración"; y añade "en cuanto al principio de necesidad está directamente vinculado con el de proporcionalidad y ha de emplearse para enjuiciar la circunstancia concreta que afecte al menor; de manera que exista la mayor certeza posible que, la medida que se va a adoptar redunde en beneficio del niño o adolescente"; y respecto al principio de proporcionalidad señala que "ha de ser proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)".

En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 18 de septiembre de 2020 (JUR 2021,98126) falta de habilidades parentales del progenitor. Falta de vínculo afectivo con la menor; de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1ª, de 12 de enero de 2021 (JUR 2021,105259) padre en prisión; alta vulnerabilidad de la menor por ser un recién nacido; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 12 de diciembre de 2022 (JUR 2023,64350) negligencia en su cuidado, conflictividad familiar; tutela por la Administración de los otros cinco hermanos y características psicológicas limitante para el ejercicio parental; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 2 de febrero de 2023 (JUR 2023,166473) notable falta de capacidad parental para ejercer adecuadamente las funciones de cuidado, ausencia de una red familiar y social; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023,2127567) existencia de graves factores de riesgo para la evolución y desarrollo de la menor que, no posibilitan un adecuado ejercicio de los deberes de guarda por parte de la madre; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,166798) madre que se traslada a otra localidad dejando al menor en compañía de los abuelos y rompiendo relación con ellos. Imposibilidad material de la madre de atender adecuadamente las necesidades básicas del menor. Personalidad inestable y trastornos psicológicos derivados de sus traumáticas circunstancias vitales con un patrón de cambio frecuente de pareja en contexto de padecimiento de malos tratos presenciados por el menor; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 2 de enero de 2024 (JUR

2024,117955) situación de desamparo coetáneo con el nacimiento de la menor. La actuación de la Junta fue imprescindible para asegurar la protección del menor que nace con un positivo en cannabis, porque su madre es consumidora de drogas, está en tratamiento de salud mental con una hermana y en desprotección y una forma de vida desorganizada y la existencia de unos indicadores de riesgos familiares muy elevados.

⁶⁹ En esta línea, SAINZ CANTERO, M^a.B., (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; M^a.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M^a.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 592 precisa que el logro de una futura reinserción en la familia de origen representa un deber especial y exigible a la Entidad Pública que asume la tutela.

⁷⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1^a, de 14 de octubre de 2021 (JUR 2022,51468).

⁷¹ Vid., la sentencia de Islas Baleares, secc. 4^a, de 13 de marzo de 2024 (JUR 2024,150782).

⁷² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2^a, de 23 de marzo de 2023 (JUR 2023/258944) desaparecido el factor de riesgo esencial que suponía al relación entre el recurrente y el padre de las tres hijas pequeñas. Si bien, la escasa capacidad económica de la recurrente no puede constituir un obstáculo al efecto conforme a lo legalmente establecido de procurar el retorno a la familia de origen; y, el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2^a, de 26 de abril de 2023 (JUR 2023,366877).

⁷³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2^a, de 6 de octubre de 2023 (JUR 2023,406448) visitas con una frecuencia quincenal,

⁷⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1^a, de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022,234965) menor de tres años bajo la guarda de hecho de su abuela. Se considera que hay falta de idoneidad debido a la inestabilidad domiciliaria y laboral.

⁷⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6^a, de 27 de octubre de 2023 (JUR 2024,39889) se puede ampliar las visitas con la progenitora y que desde los servicios sociales pueda continuar trabajando con la demandante de cara a la posibilidad que el menor pueda retornar con ella una vez alcanzada cierta madurez que le permite mantener contactos con la misma sin tener angustias de separación por la no presencia de los acogedores. Sin embargo, se deniega a los abuelos y tío el derecho de visitas ante la observancia de indicadores de riesgos, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6^a, de 6 de julio de 2023 (JUR 2023,379776).

⁷⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4^a, de 3 de julio de 2023 (JUR 2024,48832) la situación actual de la madre ha conllevado una mejoría que permite la reunificación de los menores con el entorno materno; si bien, sujeto a intervención y seguimiento de los servicios sociales; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1^a, de 4 de octubre de 2023 (JUR 2024, 30836).

⁷⁷ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6^a, de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023,446699) guarda de hecho de la menor por la abuela materna. Medida cautelar más adecuada a la situación de riesgo que presentaba la menor cuando convivía con su madre.

⁷⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1^a, de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022,234965) falta de idoneidad de la abuela para cuidar de su nieta por inestabilidad domiciliaria y laboral.

