

PRESENTACIÓN

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid
igomez@tribunalconstitucional.es

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, fue una de las primeras normas de este tipo aprobada en un país del entorno jurídico europeo occidental, seguida muy de cerca por la ley francesa de 7 de febrero de 2022 *relative à la protection des enfants*, conocida como Loi Taquet.

Es, por tanto, una norma pionera, que se quería norma de consenso, aunque finalmente no lo fue por la oposición del grupo parlamentario Vox¹, y que tenía la pretensión de ser integral, del mismo modo que lo pretendió en su día la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La voluntad de elaborar una norma consensuada se tradujo, necesariamente, en la poca ambición del proyecto en algunos puntos determinados, como por ejemplo en la falta de reconocimiento expreso de la violencia institucional como forma de violencia que sufren especialmente los niños y niñas que se ven privadas del cuidado parental, o en la prácticamente total exclusión de los niños y niñas extranjeros como sujetos de una realidad particularmente vulnerable². Y esa misma necesidad de alcanzar el consenso, dejando al margen

¹ El grupo parlamentario Vox no solo votó en contra de la ley orgánica en sede parlamentaria, sino que ha sometido varios de sus preceptos a recurso de inconstitucionalidad. Se trata, concretamente, del recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2021, contra el art. 30 párrafo 2.º; 3b); art. 26, apdos. 2 y 3; art. 27; disposición final primera apdo. 9, y disposición final segunda apdo. 1, de la Ley Orgánica 8/2021 (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2021).

² Esta exclusión no fue total porque en la fase de enmiendas en el Senado se incluyó en la disposición final octava una modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incluyó en el art. 12.4 de este precepto la prohibición de desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas destinadas a evaluar la edad de los menores extranjeros no acompañados. Esta enmienda traía causa del Dictamen aprobado por el Comité de Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre

o sujetando a desarrollos futuros algunos temas especialmente problemáticos, sustrae en parte a la norma esa proclamada naturaleza integral.

No obstante, podría afirmarse que en sus debilidades se encuentra también el germen de su fortaleza. La ley recoge elementos de consenso fundamental en la forma de abordar la aproximación a los problemas y derechos de la infancia, y modifica la perspectiva de aproximación del ordenamiento jurídico a los niños, niñas y adolescentes, reconociendo a estas personas, faltas de completa capacidad procesal y de plena legitimación para actuar, como titulares plenos de derechos y actores necesarios del sistema jurídico. Sujetos cuya capacidad debe ser completada como garantía necesaria en muchos supuestos, cuya voz debe ser oída en aquellos asuntos en que se decida sobre cuestiones que les afecten y cuyos intereses deben ser preservados, incluso contra el criterio de quienes ostentan sobre ellos autoridad parental o de otro tipo. Eso, que llamamos «perspectiva de infancia», sin duda está presente en la norma y lograr el consenso en este punto permite proclamar como válida y obligatoria esa aproximación para futuros desarrollos legales en otros ámbitos como, por ejemplo, el de la extranjería o el de la igualdad de trato.

Dicho de otro modo, aunque en ocasiones los avances no son tan rápidos ni van tan lejos como nos gustaría, los consensos exigen cesiones que permiten avanzar con paso un poco más firme, de modo que hay que confiar en las virtudes de ese consenso y lamentar que no fuera posible alcanzarlo en dos temas que, sin embargo, aparecen tratados de manera directa en la citada *Loi Taquet*³, que nos sirve de referente comparado muy próximo. La ley orgánica, sin embargo, da pie a seguir trabajando en la construcción de los acuerdos a este respecto.

La otra gran virtud de la ley orgánica es la pretensión de abordaje integral de los problemas relativos a la violencia de que son víctimas niños, niñas y adolescentes. No es, por tanto, una ley integral de infancia, sino una ley integral de lucha contra la violencia dirigida a unos sujetos muy claramente

los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación núm. 76/2019, fechado el 15 de febrero de 2021. Por lo demás, la disposición final vigésima cuarta, reconociendo implícitamente la laguna de la LOPIVI en este punto, concede al Gobierno el plazo de doce meses desde la aprobación de la ley, para proceder al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad.

³ Esta ley si se refiere expresamente a los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados y a la atención integral a los menores privados de cuidado parental, precisamente los dos temas peor tratados por la LOPIVI.

individualizados. Quizá esa definición restrictiva del objeto⁴ puede justificar también que haya algunos temas que se hayan quedado fuera por no asumir determinados usos, comportamientos o actuaciones como supuestos de violencia⁵, o quizá no, pero en todo caso permite entender cuáles son los objetivos de la norma (art. 3 de la ley) y las herramientas articuladas para alcanzar esos objetivos.

Esta definición limitada del objeto y la subsiguiente identificación instrumental de las medidas legales puestas a su servicio se traduce en tres elementos básicos: a) la ley aborda el fenómeno de la violencia considerándolo un fenómeno dinámico que no surge de forma autónoma en un momento puntual, y por eso incide en la educación y en la prevención de la violencia en distintos espacios; b) la ley asume que la prevención tiene efectos de futuro, pero no sobre el presente inmediato ni sobre el pasado, de modo que ofrece herramientas para contestar los supuestos de violencia que ya han provocado víctimas. Herramientas obviamente penales, que suponen una expansión del derecho penal que también puede ser, lo es de hecho, objeto de crítica, y c) la

⁴ El art. 1.1. de la ley orgánica establece que «la ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida».

⁵ El apdo. 2.º de este mismo art. 1 establece que, a los efectos de esta ley, «se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar». Y una de las grandes ausencias de esta definición tiene que ver con la *violencia institucional* que pueden sufrir los niños y niñas sujetos tutela o guarda de las Administraciones públicas, cuando las Administraciones responsables de estos niños no permiten, por no atenderles adecuadamente, su desarrollo integral o no ponen los medios para asegurar el pleno disfrute de sus derechos o les someten a situaciones de especial sujeción claramente desiguales.

ley entiende que son muchos los actores necesarios para superar las situaciones de violencia, de modo tal que regula distintas actividades preventivas en el seno de la familia, el ámbito educativo, el ámbito sanitario, el de los servicios sociales, el deportivo, el de los entornos digitales y el de los centros del sistema de protección.

En esta sección de «Debates» de la revista *IgualdadES* se ha intentado ofrecer al lector una aproximación crítica a tres de los temas más importantes que aborda la ley, que son también tres de los más polémicos: a) la protección de los menores frente a la violencia en los centros de protección, es decir en relación con aquellos niños, niñas y adolescentes que, por la razón que sea, están privados del cuidado parental y sujetos a guarda o tutela administrativa; b) la reacción penal frente a la violencia de que son objeto niños, niñas y adolescentes, y c) la protección de los niños en los supuestos de violencia de género ejercida por sus padres o parejas de sus madres contra estas últimas.

Esa aproximación no es solamente académica. Hemos tratado de traer a la sección a tres expertas que proceden de distintos ámbitos —siempre dentro del área jurídica—, para que ofrezcan una visión plural de los temas propuestos, a cada una, en función de su especialización. El debate no es entre las autoras, que no dialogan entre ellas a través de sus textos. El debate es de cada una de las expertas con el texto de la ley. Se expone, en cada uno de los trabajos, el contexto en que surge el debate concreto y se aterriza después en la descripción del contenido de la norma para concluir con un análisis crítico de la misma, más o menos intenso en función de las opiniones de cada una de las tres autoras.

Almudena Olaguibel, abogada especialista en derechos de la infancia, y que siguió muy de cerca el proyecto de elaboración de la norma como responsable de protección de UNICEF España, nos ofrece un marco de referencia internacional sobre los sistemas de protección de menores de edad privados de cuidado parental, para analizar cómo se ajusta la LOPIVI a los estándares y exigencias internacionales.

Paz Lloria, profesora de Derecho Penal de la Universidad de Valencia y reconocida experta en materia de respuestas penales frente a la violencia, en particular la violencia de que son víctimas las mujeres, atiende en primer término a identificar el concepto normativo de violencia y por tanto se ocupa, como punto de partida de sus reflexiones, de la definición del objeto de la ley. A partir de esa noción, se refiere a las modificaciones introducidas en el Código Penal como mecanismos instrumentales para atender a las finalidades de la ley, tanto en su parte general como en la parte especial. Para concluir con una valoración crítica que, reconociendo el valor de los fines perseguidos por el legislador, cuestiona las herramientas penales desarrolladas en la ley

orgánica, poniendo el acento en la opción por el derecho penal expansivo, que se pone de manifiesto en la norma, y que esta autora lamenta.

Por último, el texto de Mireya García de Murcia, abogada especialista en derechos de la infancia, actualmente al servicio de la División de Derechos de Infancia del Consejo de Europa, pero en el momento de redacción de la LOPIVI asesora de la Plataforma de Infancia, nos ofrece una última aproximación al tema más complejo de la LOPIVI y que conforma en parte del objeto del recurso de inconstitucionalidad de los diputados de Vox: la modificación de los derechos parentales en los casos de violencia de género como mecanismo de protección de la vida e integridad física y moral de los niños, niñas y adolescentes sometidos a este tipo de violencia como víctimas directas o como víctimas de violencia vicaria. Su análisis presenta un contexto de normativa internacional que muestra un profundo conocimiento en la materia, y es quizá el texto menos crítico con la LOPIVI, sin perjuicio de que la autora reconoce la necesidad de permanecer vigilantes al efectivo cumplimiento de las previsiones legales y a la aplicación del margen de apreciación atribuido por la ley a los órganos judiciales.

Confío en que la lectura de estos tres trabajos, de un alto valor académico, ofrezca a quien los lea una visión general y, sobre todo, útil, del contenido de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.