

## TRATAMIENTO EPISTEMOLÓGICO Y HOLÍSTICO SOBRE LA FIGURA DEL MENOR

## EPISTEMOLOGICAL AND HOLISTIC TREATMENT ON THE FIGURE OF THE MINOR

M.<sup>a</sup> de las Nieves Navarro Mozo<sup>1</sup>   
[ya0411@hotmail.com](mailto:ya0411@hotmail.com)

<sup>1</sup> Universidad Europea Miguel de Cervantes, España

### Cómo citar:

Navarro Mozo, M. de las N. (2024). Tratamiento epistemológico y holístico sobre la figura del menor. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 24, e8835. <https://doi.org/10.17561/rej.n24.8835>

Recibido: 12 abril 2024 / Aceptado: 03 julio 2024

### Resumen

El estudio global y pormenorizado del menor, en nuestros días se compone de numerosas fragmentaciones jurídicas y existenciales sistémicas, que configuran un retrato no exento de complejas manifestaciones, que convierten en estructural cotidianeidad, comportamientos y problemas individuales, a los que se da respuesta bajo un marco legal nacional e internacional, que posibilite el funcionamiento natural en las vidas de niños y jóvenes. La realidad es tozuda, y supone que, de forma contumaz en todos los órdenes y países, aunque con distinta intensidad, se repitan aspectos presumiblemente trascendentales para el presente y el futuro de los jóvenes, los cuales, unas veces como perjudicados, y otras como ofensores, precisan de respuestas resolutivas, preventivas y protectoras, articuladas por los poderes del Estado.

**Palabras clave:** Menor, estado, jurídico, controversia, vulnerable

### Abstract

The global and detailed study about the minor, in our days it has a lot of legal and existential systemic divisions, that they make a portrait not lacking complex manifestations which they convert in something every day, behaviours and individual problems, and these are answered down national and international legal, framework, for natural functioning in lives of children and young people. The stubborn reality means that in all areas and countries, even though different intensity, transcendental aspects are repeated to the present and the future of young people, who sometimes are harmed and sometimes are offenders, they need decisive, preventive and protective answers directed by the powers of the state.

**Keywords:** Minor, state, legal, controversial, vulnerable

### SUMARIO

I. El menor vulnerable. 1. Causas. 2. Situación de riesgo y declaración de desamparo. 3. Soluciones. A) Guarda de hecho. B) Guarda administrativa. C) Acogimiento. D) Tutela. E) Adopción. II. El menor como víctima. 1

Las redes sociales. III. El menor como infractor. 1. Justicia restaurativa. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Fuentes. 1. Marco jurídico. 2. Sentencias. 3. Otras fuentes

## I. EL MENOR VULNERABLE

El concepto de vulnerabilidad aplicado al menor, como parte débil de la sociedad en tanto en cuanto no cuenta con las herramientas ni el poder bastante para su autodefensa, y aunque así fuera, deben ser los Estados los que arbitren los cauces legales para su protección y defensa como veremos. Las medidas tutelares y tuitivas hacia los menores, buscan la protección de éstos, pues mediante la actuación de los poderes del Estado con la aprobación de normas y su aplicación, se eliminan riesgos que atenten a la vida e integridad física y moral del menor, así como contra su libertad e indemnidad sexual y seguridad.

En el conjunto internacional, hay normas que contemplan el tratamiento y derechos que asisten a los menores, de obligado cumplimiento o como directrices adaptativas por los Estados.<sup>1</sup> De tal forma que la Declaración Universal de los Derechos del Niño de Naciones Unidas del año 1959, se refiere a las tres parcelas que deben ser protegidas, como son lo ético, lo física y lo mental, amparadas en principios de libertad y respeto a la dignidad, para la consecución de su interés superior. La Convención de los Derechos del Niño, en la cual se equiparan como sujetos de los mismos derechos a niños y adultos, y sus derechos alcanzan lo económico, socio-cultural, o civil. La Carta Europea de los Derechos del Niño no sólo recoge su derecho a la vida, sino que el Estado se erige en garantista de su bienestar, cuando los progenitores fallen. El Convenio 182 adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, prohibía las peores formas de trabajo infantil del año 1999.

En Europa, las últimas nociones vienen de la mano de algunas normas. El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños del año 1996. Los dictámenes que en la Agenda 2030 hacen referencia a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que buscan aminorar cualquier forma de violencia en la infancia.

En el marco normativo español, diferentes leyes amparan al menor. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, donde la figura jurídica de la adopción se basa en la integración familiar de aquellos que lo necesiten priorizando su interés, además de incluir el término de desamparo con toda la carga conceptual que implica. La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en adelante LOPJM, y en la cual hay interés en aligerar las tramitaciones administrativas

o judiciales con el fin de evitar indefensiones; también se ocupa de aquellas circunstancias de vulnerabilidad, en las que los entes públicos tienen que subsanar lo que sea necesario a través de servicios sociales; y la ciudadanía también queda vinculada ante situaciones de riesgo o desamparo de menores, pues si tiene conocimiento deberá prestar asistencia y comunicarlo a las autoridades competentes. En otro orden de cosas, la Ley Orgánica 5/2000, con numerosas modificaciones desde su promulgación, hace referencia al menor en este caso como infractor. Relativa a la adopción, está presente la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional, que como se recoge en su exposición de motivos, al ser en ese momento un asunto que cobraba especial atención debido a su incremento, había que dotar de las suficientes garantías a estas actividades. Siguiendo el hilo conductor temporal, está la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia, y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia; la primera al tratar sobre derechos fundamentales, tiene carácter de ley orgánica, y el legislador no se olvida y hace hincapié en el *favor filii*, al que engloba con tres posicionamientos cuales son, como derecho material, principio general y norma procedimental; y la segunda ley quiere establecer una uniformidad nacional en cuanto a las garantías de protección de menores. La Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia, Ley Rhodes, así denominada en referencia al pianista y escritor de origen británico y residente en España James Rhodes, que padeció abusos sexuales de niño, y es firme defensor de los derechos de la infancia a la vez que lucha contra los abusos sexuales de menores; pues bien, dicha norma incorpora al derecho español algunos artículos de la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, sobre la lucha contra abusos sexuales y explotación sexual de menores y pornografía infantil; esta ley incluye modificaciones en varios textos legales, y se trata de una ley garantista de los derechos fundamentales del menor que abarcan la esfera psíquica, ética y física, y que van desde acciones de prevención, al auxilio y subsanación de los perjuicios ocasionados; las formas de violencia que abarca, incluyen ya las provenientes de las denominadas TICs.

## 1. Causas

Las razones por las que un menor puede encontrarse en un contexto de vulnerabilidad son múltiples, e incluyen orfandad, negligencia ya sea física y/o psicológica, maltrato igualmente físico y/o psíquico (Fernández del Valle & Bravo Arteaga, 2002), abusos sexuales, explotación de tipo laboral o sexual, incitación a la delincuencia; y todas estas realidades se han venido acentuando con las redes sociales, que, al menos hasta ahora, resultan imposibles de

controlar, y son el caldo de cultivo perfecto para que en la *deep web* u otro tipo de plataformas, e inclusive más a la luz aunque con la protección que da el ciberespacio, se cometan hechos delictivos que además del daño directo real hacia los menores, provocan alarma social.

Dicho lo anterior, no es baladí dar a conocer cómo el tejido social y familiar ha cambiado considerablemente en los últimos cincuenta años, el surgimiento de la cultura *wake*, que empezó siendo algo distinto hacia lo que ha desembocado, afecta también a los menores y a cómo entienden la vida así como a la visión que de éstos se tiene por parte de algunos, e incluso a las propias legislaciones.

Y en un mundo globalizado, hay que hacer mención a la pobreza errática social, endémica y transnacional, los conflictos bélicos, el abandono, el tráfico de órganos, los sistemas sanitarios deficitarios, el absentismo escolar, la carencia de modelos de vida estables y protecciónistas que provocan, como no podía ser de otro modo, la indefensión más absoluta de este sector de la población que todavía se encuentra en proceso de formación, y sin recursos ni crematísticos ni intelectuales ni personales con los que hacer frente a trances indeseables.

## 2. Situación de riesgo y declaración de desamparo

En situaciones de inseguridad, cabe diferenciar si el menor está en situación de riesgo o de desamparo, estando en el primer caso en peligro su bienestar, pero no siendo necesaria la separación de su núcleo familiar más cercano, lo que sí sucede en el segundo caso al sufrir el menor un escenario problemático más profundo.

A este respecto se pronuncia la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de Derechos y Oportunidades en la Infancia y Adolescencia que contempla ambas opciones. En este texto legal, se define la situación de riesgo como aquella en la que el desarrollo y bienestar del menor puedan estar menoscabados, debido a elementos de índole personal, familiar o social, pero sin que de ello derive que el niño sea apartado de su familia. E incluye que no sea atendido ni física ni psicológicamente por padres, tutores o guardadores, siendo el daño que se le cause de carácter leve; también recoge que al menor se le inflaja un castigo físico o emocional que sin ser grave sí le cause un perjuicio en su desarrollo; al igual que aquellas carencias que puedan desembocar en su marginación, e inclusive conducirle a una situación de desamparo; otro motivo sería la falta de escolarización y el absentismo escolar; igualmente si los padres están entre ellos en constante confrontación que conlleva no ocuparse de lo que el niño

necesita, comprende a su vez la impericia para controlar el comportamiento del menor, lo cual conlleve peligro real autolítico del niño o adolescente o pueda causar un daño a terceros; otra causa impropia de España pero posible, es que los progenitores o tutores o guardadores, tengan posiciones discriminatorias hacia las menores, tales como la práctica de la ablación.

Con respecto al tema educativo antes mencionado, y dado que podría considerarse como la causa de todas las causas, procede referirse especialmente al Código Penal que castiga a padres o tutores que no cuiden de la educación de sus hijos, y a la Carta Magna que recoge el derecho a la educación, o a las distintas leyes de educación, coincidentes en algunas cosas y divergentes en otras, al menos apuestan por una educación para todos, aunque puede ser censurable que no haya un pacto de Estado sobre educación que evite constantes aprobaciones y reformas en función de la dirección ideológica del momento; pero por concretar lo general, *v.gr.* la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, sobre Educación afianza aún más este derecho de manera que en el preámbulo deja constancia de la escolarización hasta los dieciséis años, proporcionando una educación de calidad en cualquier nivel educativo y evitando el abandono anticipado; la siguiente Ley 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, fija un sistema educativo integrador con igualdad de oportunidades y de calidad desarrollando las potencialidades; después con la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, se hace mención a los derechos de la infancia de acuerdo a lo recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas del año 1989, y reconoce el interés superior del menor además de su derecho a ser educado, y por consiguiente la obligación del Estado de que todo ello se cumpla.

Con estas premisas educativas, en el artículo 226 del Código Penal, en adelante CP, se sanciona a padres y tutores que no cumplen los deberes de asistencia que conlleva la patria potestad, tutela y guarda, e incluso llega a darle la calificación de abandono de familia. Y es que en el artículo 154 del Código Civil, el ejercer la patria potestad lleva inherente unos deberes, como son entre otras cosas, educarles y procurarles una formación integral. Pero esto no siempre se interpreta así, pues hay sentencias al respecto como la Sentencia Penal Número 383/2019 de la Audiencia Provincial de Gerona, de 22 de julio de 2019, y en ella se absuelve a los padres del tipo penal de abandono de familia por la no asistencia al colegio del hijo menor, así que en su fundamento de derecho segundo no se estima que haya dolo y por tanto intencionalidad en desatender sus obligaciones educativas para con el menor, pues antes de que éste cayera enfermo no había incidentes de absentismo escolar, y a mayores han intentado que desde casa adquiriera unos mínimos de

instrucción, por lo que al contrario de dejadez de responsabilidades parentales, lo que se aprecia es un celo en el cuidado del menor debido a sus problemas de salud. Con la premisa de la necesaria existencia de dolo para que se consuma este delito, parece apropiado conocer cuáles son las particularidades de cada caso para concluir si hay o no delito, en función de si no se puede justificar por motivos de salud la inasistencia a la enseñanza obligatoria, o sí es posible dicha justificación. Sin ánimo de comparar, pues la anterior sentencia era por un supuesto de hecho de enfermedad manifiesta, y el que se expone a continuación es por miedo a una posible enfermedad, sin embargo en un sentido en cierto modo opuesto, hay una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) Número 10 de León,<sup>2</sup> que quita la razón a una madre y se la da al padre en cuanto que obliga a llevar al colegio a un niño, pese al temor de la progenitora de que pueda contraer coronavirus, al entender que el derecho a la educación no recae en los padres sino en el menor, que además su asistencia al colegio es más de socialización que de aprendizaje.

En el pasado reciente, como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID y ante el plausible absentismo escolar del curso en cierres, el Ministerio Fiscal se pronunció,<sup>3</sup> dejando patente la importancia de la educación en la vida y desarrollo del menor y del resto de la sociedad, y aun cuando mostró su inquietud por la cuestión sanitaria, también unificó criterios en relación al cumplimiento de lo que la legislación establece para la escolarización obligatoria de los comprendidos entre seis y dieciséis años, y así las cosas, los centros escolares tendrían que acatar los protocolos de seguridad, y los alumnos deberían asistir presencialmente, estando los padres y tutores obligados a cumplirlo, ya que de lo contrario habría consecuencias legales enmarcadas en la inobservancia de las obligaciones que conlleva el ejercicio de la patria potestad.

Volviendo a la cuestión de riesgo, la LOPJM, desglosa unos indicadores de que éste se produce, como son la falta de atención física o psíquica del niño, negligencia en su cuidado, cuando ya exista el precedente familiar de un hermano en riesgo o desamparo, cuando los progenitores empleen el castigo de manera habitual y desproporcionada, cuando los programas de intervención familiar no presenten una evolución positiva, la discriminación –*v.gr.*, por razón de género, edad, discapacidad, orientación sexual– de los responsables parentales contra los menores que de ellos dependan, y lo cual implique daños para su desarrollo y bienestar, por riesgo de sufrir mutilación genital femenina, también si la madre es víctima de trata, o niñas víctimas de violencia de género, los ingresos de los menores en hospitales con sintomatologías repetitivas y sin

explicación alguna, consumo por el menor de alcohol o estupefacientes, o que estos menores sean susceptibles de sufrir violencia doméstica.

En cuanto al desamparo, y al hilo del mandato legal por la misma LO 1/1996, utiliza el concepto de que un menor esté socialmente desprotegido y lo cual engloba las situaciones que dañen el desarrollo integral de la personalidad y que el peligro sea tal que justifique apartarle del núcleo familiar. Ya con la Ley 26/2015, de 28 de julio modificadora del artículo dieciocho de la antedicha, se da un paso más en la evaluación de lo que la desprotección implica matizando algún aspecto, y centra el incumplimiento de los deberes de protección cuando un menor no goza de la necesaria asistencia moral o material, afirmación amplia pero que deja capacidad de maniobra en cuanto a la determinación del hecho que haga imposible la permanencia bajo el cobijo de guarda. El legislador no contempla la pobreza como motivo de declaración de desamparo, pues es subsanable, no acarreando per se circunstancia alguna causa-efecto; por otro lado, sí lo son cuando otro hermano ya hubiere sido declarado desamparado, o si el menor está abandonado; y otro más si llegada a término la guarda voluntaria en que el menor se encuentre, los responsables legales no quieran o no puedan ocuparse; también cuando ese menor corra peligro de perder la vida o de ver dañada su salud e integridad física, lo cual puede venir por sufrir malos tratos o abuso sexual, o negligencia en la correcta alimentación y cuidado de su salud, o sea objeto de que comercien con su persona, e igualmente si dicho menor es consumidor habitual de sustancias adictivas ante la pasividad de los responsables legales; y llamativo por su trascendencia dada la especial vulnerabilidad que presenta y la dificultad probatoria que puede suponer, es cuando se perjudique gravemente al neonato a causa de un maltrato fetal; otro caso añadido es porque haya maltrato psíquico de tal envergadura que pueda afectar a la salud mental del menor; asimismo se incluye la incitación a la delincuencia o mendicidad; y como pasaba en el supuesto de riesgo pero en mayor medida, está la no asistencia al centro educativo en la etapa de enseñanza obligatoria.

En lo referente a qué se debe interpretar como desamparo, la posición de Vargas Cabrera en cuanto a la explicación que hace de lo contemplado en la Ley 21/1987 no es la de una simple conculcación de obligaciones formales, sino una contravención más profunda. Conceptual y literalmente lo acerca a lo recogido en la Ley Italiana de 1983, pues en la legislación italiana cualquier menor tiene derecho a que su crecimiento y educación se produzcan dentro de una familia, y para prevenir un abandono, el Estado arbitra medidas que ayuden a solventar esta problemática. Para estos trances, es posible aplicar el principio de protección integral del menor vinculado no solamente al derecho

comparado sino también al artículo 39-2 de la Constitución Española, en adelante CE, (Vargas Cabrera, 1991, pp. 617-624).

Son numerosos los pronunciamientos judiciales que se pueden traer a colación sobre declaraciones de desamparo, y uno de ellos *v.gr.* se encuentra en una sentencia del Supremo, en concreto la STS 407/2015, de 9 de julio, que trae causa en una resolución administrativa de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía de Jaén, que declara en desamparo a una menor en situación de acogimiento familiar pre adoptivo, la cual es recurrida por los padres biológicos, y resuelta favorablemente confirmando dicha resolución el Juzgado de Primera Instancia y Familia de Jaén, que suspende visitas con la familia biológica, y posteriormente siendo recurrida esta sentencia ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén que vuelve a confirmar la declaración de desamparo. Alguno de los motivos alegados para que prosperase ese desamparo, provienen incluso de antes del nacimiento de la menor, donde se hace constar el fracaso de las intervenciones sociales así como las desavenencias entre los padres, la discapacidad psíquica de ambos, un cóctel que provoca que estén inhabilitados para el cuidado y crianza de hijos, y es más, estas personas con otros tres hijos en su haber estaban tutelados por el ente público, lo cual desemboca en que a los pocos días del alumbramiento de la menor se haga efectiva su declaración de desamparo; y finalmente el Tribunal Supremo, falla declarando que no ha lugar tampoco a los sendos recursos de casación interpuestos por ambos progenitores.

### 3. Soluciones

El desvalimiento y desprotección infantil o en adolescentes, requieren de soluciones reales a la par que rápidas, y en la legislación española existen figuras jurídicas que dirimen este tipo de problemáticas gradualmente, ajustándose a la intensidad del caso.

Entre los recursos legales, sirva como dato la guarda y custodia, pues en el caso de un menor que no puede permanecer cohabitando con sus responsables legales, porque como ya se ha apuntado, es susceptible de sufrir graves daños, ya sea como objeto directo del perjuicio, o porque en última instancia lo sea a través de la violencia vicaria que como tercero se le ocasione, pasando a ser víctima directa al buscar causar un daño a uno de los progenitores por el otro. Siendo el bien jurídico protegido la propia persona del niño o adolescente, apareciendo como inviable la pacífica convivencia y por ende creándose una atmósfera en no pocas ocasiones de anulación de la víctima, en la que aun cuando haya habido previas denuncias de episodios individualizados,

lo que finalmente haría inclinar la balanza sería la habitualidad, y aquí no parece encajar el principio *non bis in idem* de posibles enjuiciamientos de incidentes aislados. Ante esta tesisura, sólo cabe prevenir si es factible, y que los poderes públicos en su conjunto ejerzan una labor tuitiva, siendo una de las instituciones jurídicas aplicables la de guarda y custodia; y al igual que esta institución, existen otras como la tutela, o llegado el caso la adopción.

#### A) Guarda de hecho

La guarda de hecho consolidada con las últimas reformas, contemplada en el Código Civil, en adelante CC, se da cuando una persona sin título legal que la legítimamente ejerce funciones de ayuda y asistencia a menores, puesto que no existen en ese momento otras acciones avaladas por un pronunciamiento judicial o porque legalmente deba hacerlo. Desde la reforma del Código Civil por Ley 8/2021, se separa la guarda de hecho de menores de la guarda de hecho de personas con discapacidad, aunque serán aplicables a la guarda de hecho del menor y con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad.

El legislador recoge que la autoridad judicial, una vez tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho sobre un menor, y una vez esté informado de la situación del mismo y de sus bienes, además de desplegar las medidas de control que estime, podrá conferir funciones de acogimiento de modo transitorio y provisional, en tanto se conforme la medida adecuada. Y el guardador, llegado el momento, puede promover la privación o suspensión de la patria potestad o tutela.

El Alto Tribunal se pronunció sobre la guarda de hecho en la Sentencia 582 de la Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014; y en los fundamentos de derecho, manifestó que está el interés superior del menor como principio inspirador de una situación en la que se tenga que ejercer la guarda de hecho, teniendo esta figura un carácter provisional y transitorio hasta que se articulen medidas de protección más estables; y añade que se podrá o no declarar la situación de desamparo del menor, aun cuando los progenitores no ejerzan la debida asistencia pero ésta si se desempeñe como en este supuesto concreto por el abuelo, es decir que será la guarda de hecho en cada caso, y teniendo en cuenta ese interés superior del menor la que lo determine.

#### B) Guarda administrativa

Con relación a la guarda administrativa, es una figura jurídica de derecho civil, (Mayor del Hoyo, 1999, pp. 10-25) y tiene lugar cuando es la entidad pública

correspondiente en cada comunidad autónoma la que asume la custodia del menor. Esta institución se introdujo por la Ley 21/1987, y que referenció la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996; el carácter de la misma es provisional y urgente pues busca la evitación del desamparo de menores.

La adopción de esta medida, de acuerdo a la literalidad del artículo 172-bis CC, viene de una solicitud de los padres a la Administración Pública que así lo determine, ante circunstancias graves que les impidan cuidar del menor, y la duda sobre cuáles pudieran ser, entre otras se encontrarían aquellas que no permitan la presencia de los padres, como es estar privados de libertad o porque no puedan llevar a cabo las funciones parentales por algún tipo daño físico o mental. La decisión administrativa de la entidad pública, ya sea inicialmente o por cambios posteriores, se comunicará tanto a padres o tutores como al Ministerio Fiscal. En supuestos de urgente necesidad, la entidad pública asumirá la guarda provisional del menor, y en caso de guarda voluntaria, como contemplan los artículos 14 y 19 de la LOPJM modificada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, tendrá una duración de dos años, y si el interés superior del menor lo aconseja dada la previsible y pronta reintegración familiar se podría prorrogar, en cuyo supuesto la familia debe adquirir el compromiso de someterse a intervención profesional, lo que añade un grado de garantía de que las cosas pudieran llegar a funcionar en un futuro.

También se puede adoptar porque un juez estime si es legalmente procedente, y a su propósito puede darse este caso cuando la entidad pública no acepte la solicitud de guarda, y cuando no hay acuerdo entre los padres sobre las medidas provisionales en supuestos de demanda de nulidad, divorcio y separación, a lo cual el juez entendería que la guarda del menor debe recaer en un tercero, ya sea persona física o institución, interpretación que sale del artículo 103-1 CC.

El ejercicio de la guarda, no conlleva la pérdida de patria potestad o tutela, pero sí supone el acogimiento del menor que mientras perdure, deberá obediencia a su guardador. Esta guarda es una potestad del Estado si se sigue el mandato constitucional recogido en el artículo 149-1-8º, aunque pueden ser las Comunidades Autónomas quienes asuman competencias en materia de asistencia social, conforme a lo contemplado en el artículo 148-1-20º del texto constitucional, como ocurre *v.gr.* en la Junta de Andalucía.<sup>4</sup>

La guarda administrativa se prolongará hasta que desaparezca la causa, llegado lo cual el menor volverá a su hogar, o se tomará otra medida que dote de estabilidad a la situación creada. Pero mientras permanezca esta guarda, puede llevarse a efecto por medio de acogimiento familiar o en última instancia

residencial. Y quien ejerza las funciones de guardador, tiene obligación de procurarle cuidados, alimento y educación, en definitiva, una formación plena en un entorno afectivo.

### C) Acogimiento

A este respecto y a la luz de las últimas reformas, el legislador parece priorizar un modelo de acogida familiar que confiere al menor su plena participación en ella *vs* al residencial, y en este sentido, la familia puede ser extensa – sirva como ejemplo el caso de tíos o abuelos- o ajena. Y si definitivamente se tratara de un acogimiento residencial, puede ostentar la titularidad una entidad pública siendo directamente gestionado por la misma, o puede ser de titularidad privada que a través de convenio con la consejería oportuna se dedique a estos menesteres; la responsabilidad de la guarda del niño o adolescente recae en el director del centro.

En esta cuestión a través de la reforma que supuso la Ley 26/2015, se impuso de alguna manera cierta ligereza y celeridad en situaciones graves, como es la de urgente necesidad donde la entidad pública asume la guarda provisional con comunicación al Ministerio Público, o como se contempla en su disposición transitoria segunda, que establece cómo los acogimientos constituidos judicialmente antes de su entrada en vigor pueden terminar con una resolución de la entidad pública, sin ser necesaria la decisión judicial. En esta agilidad procesal se enmarca el artículo 778 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, que establece la atribución al juzgado de primera instancia correspondiente, el conocimiento y autorización de la solicitud por parte de la entidad pública, para la entrada en un domicilio que requiera consentimiento de su titular; y no obstante cuando existan razones de urgencia porque la demora pudiera conllevar riesgo en la seguridad del menor o porque estuviesen afectos sus derechos fundamentales; en el auto del Juez figurarán los motivos que hayan aconsejado la entrada sin oír al interesado. Puede darse la disyuntiva de si la inmediatez procesal en la toma de decisiones y en las actuaciones evitando ciertos formalismos, en detrimento de una probable o no seguridad jurídica, coadyuvan al interés superior del menor, y ciertamente que en casos de urgencia parece más que oportuno.

Volviendo al tema de la acogida familiar, como se refleja en el artículo 173 bis CC, en base al tiempo de su duración, cabe mencionar una tipología denominada acogimiento familiar de urgencia que es para niños de menos de seis años, y se fija en una duración de seis meses en tanto en cuanto se estipule otra medida, luego estaría el provisional cuya temporalidad en principio estaría en un máximo de dos años porque se pueda reincorporar a su familia o porque

se adopte una medida definitiva que pudiera ser la adopción, y otro más sería el permanente que otorgaría facultades tutelares a los guardadores.

#### D) Tutela

Frente a situaciones de vulnerabilidad de los menores derivada del artículo 39-1 CE, cuando explicita que los poderes públicos tienen que asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, se puede hacer derivar otra figura como es la tutela. Desde la Ley 8/2021, la tutela se ejercita con menores no emancipados en situación de desamparo y menores no emancipados sin estar sujetos a la patria potestad, y por tanto en la línea de la Convención de Nueva York, los mayores de edad no están ya sometidos a las tradicionales instituciones de auxilio en su formato más fuerte, y esto incluye a los mayores incapacitados (Solé Resina, 2023, p. 42).

Cabe referirse a la denominada tutela automática, *ex lege*, que según se desprende del artículo 172 CC, se produce ante una situación de desamparo de un menor –es decir, sin la obligada asistencia material y moral-, y por ministerio de la ley quedaría amparado por la tutela de la administración pública correspondiente. La entidad pública que tutele, desplegará las acciones que correspondan para su protección mediante la guarda del menor a través de la acogida familiar o residencial, con comunicación a padres, tutores hasta ese momento o guardadores de hecho, así como también lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y en su caso del juez que hubiere acordado la tutela ordinaria. Pese a esto, hay que subrayar que se respetarán los actos patrimoniales que sean beneficiosos para el niño y que realicen padres o tutores. El dictamen del ente público donde se recoja la declaración de desamparo, se va a poner en conocimiento de forma comprensible al menor con la suficiente madurez, y si es mayor de doce años. Y en los siguientes dos años, se atribuye a la entidad pública proponer la adopción del menor como una medida de protección al mismo si encuentra imposible la vuelta a su familia, comunicándolo al Ministerio Fiscal, al igual que puede revocar la situación de desamparo, y que retorne a su núcleo familiar si las circunstancias lo aconsejan, con comunicación a Fiscalía. El carácter de esta tutela es provisional, pues la administración va a intentar que el menor vuelva a su familia, o en caso de no ser factible, constituir un modelo de tutela ordinaria, e incluso llegar a la adopción; pero si nada de esto es posible, esa provisionalidad pasaría a ser definitiva

En relación a la mencionada tutela ordinaria recogida en los artículos 215 y ss CC, como se ha explicado, los menores en desamparo están tutelados por ley por entidad pública, no obstante, se ha de proceder al nombramiento de tutor de

acuerdo a los cánones ordinarios, cuando haya personas que por determinadas circunstancias como son las relaciones con dichos menores u otras, estén en situación de poder asumir la tutela priorizando el interés del menor.

En el ejercicio de la tutela, está actuar en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, lo que aleja a esta institución de la inseguridad jurídica. Es un modo de protección del menor de carácter subsidiario respecto a la patria potestad, pues será la autoridad judicial quien la constituya a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

La tutela de acuerdo a los artículos 211 y 212 CC, puede ser ejercida por persona física, que será la que el juez considere que puede llevar a cabo esta labor, y que además no se encuentre inhabilitada. Y también la puede ejercer una persona jurídica -opción planteada por algún autor (Legerén Molina, 2014, pp. 1611-1633)- ya sea pública o privada pero sin ánimo de lucro. En el primer caso viene a colación una Sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 184/2008, de 22 de diciembre, que, aunque se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, en los antecedentes figura que la Comisión Tutelar del Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid ostentaba la tutela de este menor de origen marroquí. En la tutela de menores por persona jurídica, como antecedentes de ella, están la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código Civil, que contempló la posibilidad de que la tutela pudiera ser llevada a cabo por persona jurídica; un segundo momento sería la Consulta 2/1998, de 3 de abril de la Fiscalía General del Estado, que también se hace eco de la opción de ejercicio de acciones tutelares para menores por parte de personas jurídicas sin fines lucrativos; y aunque referente a personas con discapacidad, está también la Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad 41/2003, de 18 de noviembre, que incluía modificaciones en el Código Civil y en su artículo 9-3 hablaba de la entidad pública como posible tutora de incapaces. Y ya por la Ley 26/2015 reformadora de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, se establece en su artículo 18-1 que la entidad pública asuma la tutela de menor en situación de desamparo.

La finalización de las acciones tutelares se produce por la muerte del menor, como ya se ha dicho *up supra* cuando los progenitores recuperan el ejercicio activo de su patria potestad, cuando se consuma el expediente de adopción, o por emancipación, o cumplida la mayoría de edad del joven. Y una vez terminada la tutela, es preciso que el tutor rinda cuentas de cuál ha sido su gestión durante ese tiempo.

## E) Adopción

La adopción a diferencia de las anteriores medidas tiene vocación de perdurar, pues el menor pasa a ser hijo legítimo de sus padres adoptivos, perdiendo la vinculación legal que le unía a sus progenitores. El vínculo paterno filial que se crea entre padres e hijos adoptivos es irrevocable, y se enmarca con los mismos derechos y obligaciones por ambas partes.

Los menores adoptados, en ocasiones tienen unos antecedentes de riesgo cuando son “hijos” del conflicto en alguna de sus vertientes, y por consiguiente cuando se tramite una adopción, el sustento sobre el que se asiente debe ser sólido.

Si se aplicara el *Welfare State* de la segunda mitad del pasado siglo a la infancia, por entender que este colectivo entraña un interés decisivo en el conjunto social, se deduciría que los Estados han de intervenir donde las familias no lleguen e incumplan las mínimas metas. Un mecanismo de intervención pública es promover la adopción allá donde las familias no quieren, no saben, o no consiguen configurar un ambiente adecuado para el desarrollo integral de la personalidad de los menores.

Habiendo en España diecisiete autonomías, podemos fijarnos en una de ellas en cuanto a la reflexión conceptual que sobre la familia traslada al exterior, y el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre Acogimiento Familiar y Adopción de la Junta de Andalucía, pone el foco en la consideración de la familia como aquel instrumento social idóneo para la formación y desarrollo personal del menor, siendo el medio por el que se transmiten valores y pautas de conducta, y el núcleo humano a través del cual el menor puede cubrir mejor sus necesidades afectivas. Y añade, que la familia puede constituirse en elemento perturbador en el desarrollo de los menores, por lo que hay que arbitrar los mecanismos que defiendan sus derechos.

El tratamiento normativo de esta institución varía en derecho comparado, estando incluso prohibida en algunos países (García Garnica et al., 2019, pp. 703-734). En España este recelo se demuestra en el número de adopciones nacionales destacablemente más pequeño a las internacionales.

La adopción en España se adapta a lo que se establezca el Código Civil, y para ser adoptante además de ciertos requisitos como la edad, se requiere una declaración de idoneidad que tiene que ver con que la persona que se postule para adoptar, esté capacitada para pasar a ser padre o madre y que sus intenciones sean claras.

Si lo que se tramita es un tipo de adopción internacional, deberán coordinarse los países de origen del menor y de destino del mismo. Para adoptar, viene siendo *conditio sine qua non*, que la entidad pública haga una propuesta sobre la idoneidad *ad hoc* de la parte adoptante para poder serlo.

El perfil de los adoptantes se ha ampliado, ya no sólo parejas heterosexuales, sino familias mono parentales, o parejas que ya tengan hijos sean biológicos o adoptivos, y como se desprende de la Ley 13/2005, de 1 de julio, también las parejas del mismo sexo podrían adoptar.

Cabe mencionar la denominada adopción abierta, incluida en el artículo 178-4 del CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, y en ella se permite que un menor adoptado pueda mantener contacto con la familia biológica aun cuando jurídicamente ya no lo sea. Parece que en países como EEUU se dan con fluidez este modelo de adopciones, pero con la entrada de esta posibilidad, se ponen sobre la mesa los aspectos positivos que sin duda cualquier situación puede tener, como es que con este contacto las preguntas que un menor, sin duda pueda plantearse y que de este modo consigan obtener respuestas, o que asuntos médicos que tengan que ver con un componente biológico sean más fáciles de acometer, e incluso que los contactos serán en tanto la parte adoptante así lo estime, pero aplicando el sentido común se evidencian algunos problemas añadidos como la posición de los padres biológicos en ver que jurídicamente no tienen ningún papel en la crianza y cuidado del menor, por lo que es una decisión que habría que sopesar antes de elegir esta opción.

Al final la adopción es un proceso que implica una toma de decisión muy pensada, pues también conlleva riesgos, (Gómez-Espino & Martínez-García, 2008, pp. 163 y ss), como son tanto por parte de los menores, y aquí se incluirían su historial de maltrato, que provenga de un largo período en instituciones, que haya tenido acogimientos anteriores nada exitosos, como por parte de los adoptantes, y aquí se podrían englobar, la falta de información antes de consumar la adopción, la dificultad en el manejo de los inconvenientes que vayan apareciendo con el niño, que se hayan creado unas expectativas ilusorias, que la pareja no tenga estabilidad, que en esa familia ya tengan hijos, rigidez y frialdad en las relaciones adoptantes-adoptados, e inclusive pueden aparecer riesgos relacionados con la propia Administración, y éstos pueden ser contrariedades que tengan que ver con la idoneidad, o cuando no se ha explicado detalladamente a los padres adoptivos los rasgos integrales del menor, o que no exista el suficiente acompañamiento ya consumada la adopción.

## II. EL MENOR COMO VÍCTIMA

En la actualidad son muchos los peligros que acechan a los menores, y desde la victimología se analizan las causas que pueden ayudar a prevenir el acto delictivo, así como las consecuencias que el mismo provocan, de modo que se pueda intervenir en la cura de los efectos indeseados.

Por obvio no resulta innecesario afirmar, que en muchos de los casos en que se vulnere el bienestar, integridad física y moral de un menor, aparece como sujeto infractor el entorno más cercano, que debería procurarle cobijo y seguridad, y esto desemboca en que el miedo, la vergüenza estigmatizadora, o el complejo de culpabilidad además de la dependencia emocional y material, haga que el niño sea incapaz de confesar el delito que sobre su persona se está perpetrando. El entorno, no sólo es familiar, sino que incluye el ámbito espacial educativo con el acoso escolar (Morillas Cueva & Suárez López, 2010).

Ante estas premisas, la respuesta punitiva con base legal es lo que procede, pero igualmente es fundamental intervenir con terapia en el proceso de recuperación y de adquisición de autoestima del menor.

Si además de la víctima menor de edad, hay que referirse al verdugo, España está interesada en la figura del infractor y de su reeducación y reinserción en la sociedad, como así lo preconiza la Constitución Española o la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, pero esto no debiera ser contrario en modo alguno con la prevención y con el cuidado del ofendido o perjudicado por el delito.

Los riesgos que acechan a los sujetos más vulnerables de la sociedad, entre los que figuran los menores, son numerosos, pero en la actualidad con el despegue de las redes sociales que permiten causar el daño escondiéndose tras el ciberespacio, ha crecido exponencialmente el número de delitos.

### 1. Las redes sociales

La conectividad entre las personas ha pasado de la presencialidad a tener que interrelacionarse mediando pantalla telemáticamente, lo que con independencia de que a algunos nos pueda parecer más o menos estético, no entraña mayor problema para quién lo practique. Ahora bien, si amparándose en el oscurantismo y en el anonimato, se cometen actos ilícitos fruto de la frustración y la maldad contra sujetos vulnerables, y los menores de dieciséis años lo son, entonces la sociedad tiene un problema grave, y ha de poner sobre la mesa los recursos para evitar que el bien jurídico protegido, en este caso el menor, realmente lo sea (Calzadilla Medina & Hernández López, 2021).

La edad que el art. 181-1 CP marca como mínima para dar consentimiento en actos sexuales es de dieciséis años, y a la misma se refiere también el art. 183 CP cuando se haga a través de internet con iguales fines sexuales, y siguiendo el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se fijan penas privativas de libertad para quién lleve a cabo este tipo de prácticas. Son delitos nuevos los que se perpetran de esta forma, surgidos en la era de las nuevas tecnologías, y no hace tanto tiempo inimaginables, tales como el *sexting* que supone enviar imágenes sexuales a través del teléfono móvil, o vía redes sociales, que tiene claros peligros entre mayores de edad como puede ser la llamada porno venganza recogida en el art. 197-7 CP y que difunde imágenes atentatorias contra la intimidad personal de la víctima, pero que se hace si cabe aún más intolerable cuando una de las partes está en la minoría de edad, pues atenta a su indemnidad sexual. Otro delito de nueva construcción, es el que denomina el anglicismo *child grooming*, que no es otra cosa que un adulto acose con fines sexuales a un menor, pero a través de internet, que vuelve a ser un espacio idílico de pedófilos y perturbados actuando con dolo, y que el causante debiera tener conocimiento de la edad del menor, lo cual en función de la presunción de inocencia y a través del principio *iuris tantum* habrá de demostrarse. No obstante en esta cuestión se puede acudir al dolo indirecto o dolo indiferencia, y así lo plasma el Tribunal Supremo en una de sus sentencias, la STS 131/2022, de 17 de febrero, por la cual es condenado un sujeto que mantiene relaciones sexuales con una víctima menor de dieciséis años, que aun cuando no conoce, si tiene una alta probabilidad de saber el dato de su edad y pese a ello continúa con sus actuaciones atentando contra la indemnidad sexual del menor, en cuyo caso es condenado y no se admite además el recurso de casación que presenta intentando recurrir la sentencia condenatoria. En otra sentencia del Tribunal Supremo, la STS 204/2021, de 4 de marzo, se dice que si hay duda sobre la edad y el autor continúa con sus acciones hacia la menor sabiendo que pueden ser delito, claramente habría culpabilidad como sucedió en este caso, donde el acusado tenía sospechas inicialmente de que pudieran ser menores, pero es que a partir del segundo encuentro ya los indicios se convierten en pruebas directas cuando una de ellas expresa su minoría de edad, y por consiguiente no hay error vencible o invencible.

Actuar frente a abusos sexuales a menores y pornografía infantil, siguiendo la conexión temporal, tiene su base en el art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; o el Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000; también destaca la Declaración de Río de Janeiro (2008) en el Tercer Congreso Mundial contra la Explotación

Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes; a su vez está la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Igualmente, en la misma línea está el Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

### **III. EL MENOR COMO INFRACTOR**

Los menores no solamente ocupan la parte pasiva en actos delictivos, sino que son muchas las ocasiones en las que aparecen como actores de hechos criminales, y las edades de lo que se podría llamar alta adolescencia rozando ya con la mayoría de edad, es decir entre los dieciséis y diecisiete años la incidencia se incrementa (Graña Gómez, & Rodríguez Biezma, 2010, pp. 8 y ss). Aunque si bien es cierto el umbral en que se comienza a delinquir, es en edades cada vez más tempranas.

La causalidad de las infracciones es variada y a veces depende del origen del menor, de tal manera que si se trata de infractores nacionales, puede ser por precedentes delictivos familiares, marginalidad, o estilos educacionales que adolecen del debido control. En el caso de infractores provenientes de otros países, se enmarcan en motivos como la ilegalidad, ausencia de referentes familiares, dificultad de adaptación a las costumbres del país de destino, lo que les hace permeables a grupos de iguales con hábitos y comportamientos inapropiados (Fernández Suárez et al., 2015, pp. 6 y ss).

La LO 5/2000, de 12 de enero, en su art. 27-1, ante esta realidad social y ante la exigencia de petición de responsabilidad de mayores de catorce años y menores de dieciocho años cuando cometan delitos, y durante la instrucción del procedimiento, entiende que el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que elabore un informe donde se recoja la situación psicológica, educativa, familiar, social y de cualquier otra circunstancia trascendental del menor para acometer las medidas que se precisen. Y las actuaciones que se adopten irán en la dirección de cambiar pensamientos y modos de actuación que disculpen actitudes agresivas, también que los infractores sean capaces de asumir sus propias responsabilidades en hechos reprobables, abrirles la mente sobre la existencia de otros mecanismos de resolución de conflictos, y de otras formas de vida fuera del entorno delincuencial.

En mi opinión son sobre el proceso penal frente a un menor que haya perpetrado un delito, son llamativos los artículos 18 y 19 LORPM, que

explicitan la apertura de diligencias, y donde el Ministerio Público va a impulsar el procedimiento en base al principio de oportunidad, y para esta actuación discrecional podrá también desistir de emprenderlas, pues cuando el menor es primerizo en hechos delictivos, y se trate de delitos que no son graves donde no ha existido ni intimidación ni violencia hacia la víctima, de esta forma se elimina la llamada pena de banquillo que le dejaría señalado, y podría causar más perjuicio que beneficio, de manera que en estos casos se actuaría a través de la conciliación entre ambas partes, que precisa de la petición de disculpas por el infractor y su aceptación por el dañado, aunque también podría consistir en que el culpable tuviese que reparar el daño ocasionado; y llegados a este punto, el Ministerio Fiscal solicitaría al Juez el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones. Y después del desistimiento, Fiscalía daría traslado de lo actuado al ente público para que, en defensa del interés del menor, esta entidad promoviera las medidas más ajustadas para su salvaguarda y protección.

## 1. Justicia restaurativa

En atención al sistema judicial en el orden civil, penal, laboral e incluso de lo contencioso-administrativo, tal y como se ha entendido durante siglos, la comisión de hechos tipificados trae consigo unas consecuencias jurídicas recogidas en los códigos correspondientes. El orden penal, más concretamente y en términos generales, sustentado en sus tres pilares, como son qué hechos se consideran delitos en base a lo que establece el Código Penal, qué procedimientos se han de seguir para su enjuiciamiento en base a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cómo se cumplirían las penas en base a la Ley Orgánica General Penitenciaria, pues a través de un proceso evolutivo tanto el dañado por el delito como el victimario, pueden jugar un papel más activo a través de un proceso alternativo con la justicia restaurativa, donde no sólo existe lo jurídico con letrados que defiendan o procuradores que representen actuando con fines meramente retributivos, sino donde las emociones cuenten a través de herramientas como la mediación, es decir que en la medida de lo posible haya una humanización de la justicia, que eluda situaciones tan gráficas e incluso surrealistas como las que Franz Kafka daba a conocer en su obra *El Proceso*.

Si en el proceso penal cabe una acción civil –como establece el art. 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal- que dentro del mismo procedimiento o en un ulterior proceso civil resarza pecuniariamente a la víctima, esto no cabe duda que es un acicate para incoar un proceso y buscar no solamente que el victimario pague por el delito, sino que de alguna manera la víctima pueda ser compensada, si no es retrotrayéndose a la situación anterior al hecho cometido,

al menos obtener una reparación económica. Eso sí, sobre la responsabilidad civil hay ciertos límites, *v.gr.* si ha habido condena privativa de libertad, para la obtención de la libertad condicional, en el art. 607-1 LEC se hace referencia a qué partidas económicas son inembargables, como puede ser el sueldo que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

Pero es que se podría llegar más lejos con la culminación de una justicia beneficiosa, benefactora y de calidad, no únicamente para las partes en liza sino también para toda la sociedad que lo que desea es vivir en una comunidad segura. Es un proceso lento donde, por un lado, se trataría de conseguir la auto responsabilidad del delincuente por el daño causado, que tome conciencia de la trascendencia del hecho para que su rehabilitación sea real, y que a mayores no conlleve beneficios penitenciarios para que sea verdad (Cuéllar Otón, 2020). Con la privación de libertad, en los establecimientos penitenciarios y a través de talleres, se va determinando qué internos se adecúan para el proceso de justicia restaurativa o reparadora, pero esto es cosa de las dos partes, pues la víctima también tiene que estar dispuesta a encontrarse frente a la persona que le ocasionó el perjuicio, para que el círculo se cierre exitosamente y no quede a medias, y la figura de un tercero llamado facilitador va allanando el camino y preparando al perjudicado para esa entrevista o ese acercamiento, que permita entender lo que ha ocurrido con toda la carga emocional y de información que subyace, y que no tiene que terminar necesariamente con un perdón.

Una alternativa mencionable en este modelo de justicia restaurativa, ante la eficacia o no de la compensación económica por las instituciones del Estado a víctimas de delitos sexuales, es la de justicia restaurativa (Soleto Muñoz, 2019, pp. 321-340).

Este tipo de justicia restaurativa, mediante la aplicación de la vía de mediación, cuando se trata de personas especialmente vulnerables, de menores, puede ser compleja, y ser difícil conversar, por lo que en ocasiones un tercero tiene que ser el representante de esa persona frágil (Barona Vilar, 2012, p. 30); pero a la vez es una salida para cuando el sistema de justicia tradicional no llega a cumplir todas las expectativas esperadas. Si la primera experiencia en esta modalidad de justicia restaurativa en Canadá fue para menores o que su aplicación en este segmento poblacional presente menos resistencias, puede ser por los fundamentos que la inspiran, como la reparación del perjuicio causado, o que el infractor se integre o que se llegue a responsabilizar por el hecho, e incluso incorpora a la comunidad buscando su implicación, entre otros, y que se entiende que esto es lo que tendría que comprender la justicia aplicada a menores de edad (Bernuz Beneitez, 2014, pp. 5 y 6).

Cuando el menor de edad resulta ser el causante del daño, a través de la mediación, y dependiendo de la categoría de la infracción, se puede intentar llegar a soluciones extraprocesales. Con esta línea argumental, el art. 19 LORPM, hace referencia a que el menor victimario se concilie con la víctima, y por tanto se disculpe –aceptando la persona perjudicada dichas excusas– y reconozca el perjuicio causado, o asuma la reparación del daño, estando presente en este proceso una labor mediadora, y todo ello no es óbice y es con independencia del acuerdo que hayan consensuado ambas partes en relación con la responsabilidad civil del responsable.

Si nos vamos al Derecho comparado, en la Unión Europea existe inquietud en invertir en acciones que preserven y eduquen con miras a la criminalidad en los jóvenes, y por eso se enfatiza en medidas que desjudicialicen y apuesten por la mediación y la justicia restaurativa, protegiendo el interés superior del menor y sin dejar a un lado la finalidad resocializadora. (García Fernández, 2021).

#### IV. CONCLUSIONES

Haciendo un recorrido por los aspectos analizados en torno a la persona del menor en nuestros días, si hay una verdad absoluta, es que se trata de una parte de la sociedad enormemente vulnerable, y sobre la que en España se arbitran cauces que ponen coto o al menos palian las consecuencias que esa debilidad coyuntural entraña.

Como la perfección en la vida no parece existir y el objetivo de un mundo ideal está muy lejos de conseguirse, al menos con figuras jurídicas como la guarda y custodia, la tutela, o la misma adopción, se logra dar una oportunidad de vida digna y con posibilidades de futuro a niños o adolescentes que sin ellas tendrían muy pocas o ninguna salida, quizás ni de subsistir, en esa búsqueda de la equidistancia entre cualquier menor, intentando lograr que el derecho a la igualdad y a la dignidad humanas no sean una quimera.

Cuando el peligro está en todas partes, y puede desencadenar situaciones de auténtico riesgo y de desamparo, hay multiplicidad de normas, internacionales, nacionales y autonómicas, el *ius naturalis* inspirador de muchas de ellas, con sentencias judiciales que sientan doctrina, con profesionales no sólo del derecho sino de la medicina, psicología, criminología, de los servicios sociales, que trabajan arduamente para lograr el objetivo de desarrollo integral de la persona y de la personalidad del menor de forma saludable.

Para mayor abundamiento, en el otro lado de la balanza se encuentran menores causantes de daños a terceros, unas veces a adultos, otras veces

entre iguales, para lo cual se arbitran medidas de cumplimiento de penas que no vayan únicamente por el camino de dicho cumplimiento, que también, sino que hay otras vías que añaden otras connotaciones como es la de justicia restaurativa, que si se puede emplear en adultos con mayor motivo en adolescentes, y que en ciertos casos puede servir, *ergo* no deja de tener un componente ejemplarizante para el propio menor que haya delinquido confrontándole con su realidad, todo lo cual si se logra extraer algo positivo, será bueno para las partes y ello redundará en la sociedad.

Y finalmente, en gran parte de estas problemáticas subyacen problemas educacionales más que monetarios, pues aunque el tema económico ayuda en gran medida a una mejor calidad de vida y contribuye positivamente en otras cuestiones como las formativas, en honor a la verdad, de nada sirve si no hay voluntad ni interés alguno en dedicar los recursos pecuniarios a estos menesteres, y por ello la afirmación de que las diferencias sociales tienen mucho que ver con las desigualdades culturales y con modelos de educación inapropiados.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Barona Vilar, S. (2012). Mediación penal: un instrumento para la tutela penal. *Revista del Poder Judicial*, 94, 23-32. <https://www.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/PROVISIONALES/2013/07/29/PJ1209404/PJ1209404.pdf>
- Bernuz Beneitez, M.ª J. (2014). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16. <https://revistacriminologia.com/16/recpc16-14.pdf>
- Calzadilla Medina, M. A. (Dir.), & Hernández López, C. (Coord.) (2021). *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Cuéllar Otón, P. (2020). Justicia restaurativa y mediación penal. La necesidad de eliminar barreras. *Revista de Mediación-ADR, análisis y resolución de conflictos*, 13(2), e13. <https://www.imotiva.es/revista-de-mediacion-origina/1/2021/01/Revista26-6.pdf>
- Fernández Del Valle, J., & Bravo Arteaga, A. (2002). Maltrato infantil: situación actual y respuestas sociales. *Psicothema*, 14(Suplem. 1), 118-123. <https://www.psicothema.com/pi?pii=3481>
- Fernández Suárez, A., Pérez Sánchez, B., Fernández-Alonso, L., Herrero Olaizola, J., & Rodríguez-Díaz, F. J. (2015). Perfil de los menores

- infractores extranjeros acompañados y no acompañados en Asturias. *Revista de Psicología*, 24(1). <https://doi.org/10.5354/0719-0581.2015.36911>
- García Fernández, M.<sup>a</sup> A. (2021). *El nuevo modelo de justicia restaurativa: mediación penal en la jurisdicción de menores*. Editorial Aranzadi.
- García Garnica, M. C., Marchal Escalona, N. (Dirs.), Quesada Páez, A., & Moreno Cordero, G. (Coords.) (2019). *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Editorial Thomson Reuters- Aranzadi. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=737190>
- Gómez-Espino, J. M., & Martínez-García, R. (Coord.) (2008). *La adopción de menores, retos y necesidades*. Editorial Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia.
- Graña Gómez, J. L., & Rodríguez Biezma, M. J. (2010). *Programa central de tratamiento educativo y terapéutico para menores infractores*. Agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor. <https://bienestaryproteccioninfantil.es/download/1282/intervencion-con-menores-infractores-agresores-menores-de-edad/34288/programa-central-de-tratamiento-educativo-y-terapeutico-para-menores-infractores.pdf>
- Kafka, F. (2017). *El proceso*. Austral.
- Legerén-Molina, A. (2014). La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 90(744), 1611-1633. <https://www.revistacritica.es/estudios/la-tutela-ejercida-por-persona-juridica-algunas-ideas-para-su-reforma-guardianship-by-a-legal-entity-and-some-guidelines-for-its-reform/>
- Mayor Del Hoyo, M. V. (1999). *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*. Comares.
- Morillas Cueva, L. (Dir.), & Suárez López, J. M. (Coord.) (2010). *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Dykinson.
- Soleto Muñoz, H. (2019). La ineeficacia del sistema español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual. *Teoría & Derecho-Revista de Pensamiento Jurídico*, 26, 321-340. <https://doi.org/10.36151/td.2019.027>
- Solé Resina, J. (2023). La tutela de las personas menores después de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Revista de Derecho Civil*, X(3), 41-113. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/858>

Vargas Cabrera, B. (1991). El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas (interpretación sistemática de la Ley 21/87). *Anuario de Derecho Civil*, 44(2), 611-696. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5671/5671>

## VI. FUENTES

Carta Europea de los Derechos del Niño proveniente del Parlamento Europeo del año 1992. <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/InfanciayFamilia/Destacamos/Legislacion%20Infancia%20y%20Familia/Carta%20Europea%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20de%201992.pdf>

Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Consulta 2/1998, de 3 de abril de la Fiscalía General del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-Q-1998-00002>

Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE Núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). [https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1))

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños del año 1996 (BOE Núm. 45, de 21 de febrero de 2015). [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/(1))

Declaración de Río de Janeiro (2008) en el Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes. <https://webapps.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do?productId=13934>

Declaración Universal de los Derechos del Niño de Naciones Unidas del año 1959. <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

Decreto 195/2020, de 1 de diciembre, por el que se regula la organización administrativa y la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores (BOE Núm. 118, de 17 de mayo de 2001). <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/235/5>

Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre acogimiento familiar y adopción de la Junta de Andalucía. <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2002/135/6>

Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa. <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2002/20/5>

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (Diario Oficial de la Unión Europea Núm. 335, de 17 de diciembre de 2011). <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/93/oj>

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE Núm. 274, de 12 de noviembre de 2010). [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/(1))

Instrumento de Ratificación del convenio Núm. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999 (BOE Núm. 118, de 17 de mayo de 2001). [https://www.boe.es/eli/es/ai/1999/06/17/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1999/06/17/(2))

Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE Núm. 27, de 31 de enero de 2002). [https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/05/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/05/25/(1))

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE Núm. 157, de 2 de julio de 2005). <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de Derechos y Oportunidades en la Infancia y Adolescencia (BOE Núm. 156, de 28 de junio de 2010). <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/05/27/14>

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE Núm. 158, de 3 de julio de 2015). <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15>

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificadora de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE Núm. 275, de 17 de noviembre de 1987). <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/11/11/21>

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (BOE Núm. 180, de 29 de julio de 2015). <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26>

Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía (BOJA Núm. 146, de 30 de julio de 2021). <https://www.boe.es/eli/es-an/l/2021/07/27/4/con>

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (BOE Núm. 312, de 29 de diciembre de 2007). <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54>

Ley 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (BOE Núm. 295, de 10 de diciembre de 2013). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2013/12/09/8>

Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE Núm. 132, de 3 de junio de 2021). <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8>

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad (BOE Núm. 277, de 19 de noviembre de 2003). <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41>

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE Núm. 239, de 5 de octubre de 1979). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE Núm. 15, de 17 de enero de 1996). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1>

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, sobre Educación (BOE Núm. 106, de 4 de mayo de 2006). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/05/03/2>

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo, sobre Educación (BOE Núm. 340, de 30 de diciembre de 2020). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2020/12/29/3>

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE Núm. 11, de 13 de enero de 2000). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/12/5>

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia (BOE Núm. 175, de 23 de julio de 2015). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (BOE Núm. 134, de 5 de junio de 2021). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8>

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia 4 al 6 de marzo del 2008. <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>

STC (Sala Primera) 184/2008, de 22 de diciembre de 2008, siendo ponente el Magistrado Excmo Sr. D. Pablo Pérez Tremps, Núm. Recurso Amparo 3321/2007, ECLI:ES:TC:2008:184, B.O.E. Núm. 21 de 24 de enero de 2009. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-1248](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-1248)

STS 582/2014 (Sala de lo Civil), de 27 de octubre de 2014, siendo ponente el Excmo Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, Núm. Recurso 2762/2013, ECLI:ES:TS:2014:4243, Núm. Roj: STS 4243/2014. <https://vlex.es/vid/543432678>

STS 407/2015 (Sala de lo Civil), de 9 de julio de 2015, siendo ponente el Excmo Sr. D. Antonio Salas Carceller, Núm. Recurso 1562/2014, ECLI:ES:TS:2015:3162, Núm. Roj: STS 3162/2015. Cendoj-Centro de Documentación Judicial. <https://vlex.es/vid/578556562>

STS 204/2021 (Sala de lo Penal), de 4 de marzo de 2021, siendo ponente el Excmo Sr. D. Antonio del Moral García, Núm. Recurso 2122/2019, ECLI:ES:TS:2021:824, Núm. Roj: STS 824/2021. Cendoj-Centro de Documentación Judicial. <https://vlex.es/vid/862464366>

STS 131/2022 (Sala de lo Penal), de 17 de febrero de 2022, siendo ponente el Excmo Sr. D. Vicente Magro Servet, Núm. Recurso 933/2020, ECLI:ES:TS:2022:690, Núm. Roj: STS 690/2022. Cendoj-Centro de Documentación Judicial. <https://vlex.es/vid/898384528>

SAP Gerona Penal 383/2019 (Sección 4), de 22 de julio de 2019, siendo ponente el Excmo Sr. D. Víctor Correas Sitjes, Núm. Recurso 1008/2018, ECLI:ES:APGI:2019:1222, Núm. Roj: SAP GI 1222/2019. Cendoj-Centro de

Documentación Judicial. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-383-2019-ap-girona-sec-4-rec-1008-22-07-2019-48251238>

C.G.P.J., Poder Judicial. Un juzgado de León da la razón a un padre que quería escolarizar a su hijo de cinco años frente a la negativa de la madre de llevarle al colegio por temor al Covid-19. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-de-Leon-da-la-razon-a-un-padre-que-queria-escolarizar-a-su-hijo-de-cinco-anos-frente-a-la-negativa-de-la-madre-de-llevarle-al-colegio-por-temor-al-Covid-19>

La Fiscalía de menores unifica criterios sobre el absentismo escolar por la crisis del Covid-19. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15505-la-fiscalia-de-menores-unifica-criterios-sobre-el-absentismo-escolar-por-la-crisis-del-covid-19/>

Observatorio de la Infancia - Marco Legal. <https://observatoriodelainfancia.mdsociales2030.gob.es/infanciaEspana/contexto/marcoLegal.htm>

#### Notas

- 1 Observatorio de la Infancia - Marco Legal (mdsociales2030.gob.es) [<https://observatoriodelainfancia.mdsociales2030.gob.es/infanciaEspana/contexto/marcoLegal.htm>]
- 2 C.G.P.J | Poder Judicial | Noticias Judiciales | Un juzgado de León da la razón a un padre que quería escolarizar a su hijo de cinco años frente a la negativa de la madre de llevarle al colegio por temor al Covid-19 [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-de-Leon-da-la-razon-a-un-padre-que-queria-escolarizar-a-su-hijo-de-cinco-anos-frente-a-la-negativa-de-la-madre-de-llevarle-al-colegio-por-temor-al-Covid-19>]
- 3 La Fiscalía de menores unifica criterios sobre el absentismo escolar por la crisis del Covid-19 · Noticias Jurídicas (juridicas.com) [<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15505-la-fiscalia-de-menores-unifica-criterios-sobre-el-absentismo-escolar-por-la-crisis-del-covid-19/>]
- 4 Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa. Decreto 195/2020, de 1 de diciembre, por el que se regula la organización administrativa y la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores. Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía.