

ESTUDIOS

RETOS DE LA JUSTICIA CIVIL INDISPONIBLE: INFANCIA, ADOLESCENCIA Y VULNERABILIDAD

SONIA CALAZA LÓPEZ
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
DIRECTORAS

BLANCA OTERO OTERO
JOSÉ CARLOS MUINELO COBO
COORDINADORES

C. ALICIA CALAZA LÓPEZ
SONIA CALAZA LÓPEZ
MARCO CARVALHO GONÇALVES
JÉSICA DELGADO-SÁEZ
CRISTINA DIAS
SARA DÍEZ RIAZA
ARACELI DONADO VARA
TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA
TOMÁS FARTO PIAY
RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ
PABLO GRANDE SEARA
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ
YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA

ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS
LAURA MARÍN CÁCERES
PAULA MARTÍNEZ MOLARES
BLANCA MAZZINI PAREJO
M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ
BLANCA OTERO OTERO
ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
BREGÁN RIOBÓO-LOIS
JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
FRANCESCO RUTIGLIANO
CARMEN VERDE-DIEGO



THOMSON REUTERS
ARANZADI

**RETOS DE LA JUSTICIA CIVIL
INDISPONIBLE: INFANCIA, ADOLESCENCIA
Y VULNERABILIDAD**

SONIA CALAZA LÓPEZ
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ

Directoras

BLANCA OTERO OTERO
JOSÉ CARLOS MUINELO COBO

Coordinadores

RETOS DE LA JUSTICIA CIVIL INDISPONIBLE: INFANCIA, ADOLESCENCIA Y VULNERABILIDAD

Autores

C. ALICIA CALAZA LÓPEZ	ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS
SONIA CALAZA LÓPEZ	LAURA MARÍN CÁCERES
MARCO CARVALHO GONÇALVES	PAULA MARTÍNEZ MOLARES
JÉSSICA DELGADO-SÁEZ.	BLANCA MAZZINI PAREJO
CRISTINA DIAS	M. ^a FERNANDA MORETÓN SANZ
SARA DÍEZ RIAZA	LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ
ARACELI DONADO VARA	BLANCA OTERO OTERO
TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA	ANA M. ^a PÉREZ VALLEJO
TOMÁS FARTO PIAY	ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ	FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
PABLO GRANDE SEARA	BREOGÁN RIOBÓO-LOIS
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ	JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ	FRANCESCO RUTIGLIANO
YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA	CARMEN VERDE-DIEGO

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2022



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

Este libro se enmarca en los Proyectos I+D+i del MICINN siguientes: PGC "Ejes de la Justicia en tiempos de cambio" (IP Sonia Calaza), 2021, Ref. PID2020-113083GB-100- y PR "Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor" (IP Esther Pillado), 2019, Ref. PID2019-106700RB-I00.



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70/93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited/Sonia Calaza López y Esther Pillado González (Dirs.) y Blanca Otero Otero y José Carlos Muinelo Cobo (Coords.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1124-549-4
DL NA 570-2022

Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Sumario

Página

PRESENTACIÓN	29
--------------------	----

PARTE I DISCAPACIDAD

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

PRIORIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL INDISPONIBLE: PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LA CRISIS FAMILIAR COMO PRESUPUESTO DE PACIFICACIÓN SOCIAL	33
SONIA CALAZA LÓPEZ	

CAPÍTULO I

UN NUEVO PARADIGMA SUSTANTIVO: 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 CAPACI- DAD JURÍDICA	41
ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS	
I. Introducción	42
II. Evolución legislativa: líneas destacadas	45
1. <i>Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad</i>	46
2. <i>Legislación española más destacada. El cambio de paradigma al modelo de derechos ciudadanos y de la inclusión social</i>	47

	<u>Página</u>
3. <i>Estrategia de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030</i>	53
4. <i>Proyecto de reforma del artículo 49 de la CE</i>	54
III. La Ley 8/2021	55
1. <i>Algunas precisiones terminológicas: sujetos, circunstancias y ajustes</i>	59
2. <i>Derecho común y derechos civiles territoriales. Derecho Internacional privado</i>	60
3. <i>Medidas de apoyo no voluntarias: guarda de hecho, curatela y defensor judicial</i>	62
4. <i>Medidas voluntarias de apoyo preventivas: poder con cláusula de subsistencia, poder preventivo y autocuratela</i>	67
5. <i>Aproximación a ciertas modificaciones legislativas en el CC, en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad</i>	69
6. <i>Disposiciones transitorias de la Ley 8/2021</i>	75
7. <i>Referencia a la prodigalidad y su actual tratamiento</i>	76
IV. Bibliografía	77

CAPÍTULO II

EL GUARDADOR DE HECHO EN EL SISTEMA DE APOYOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SU NATURALEZA, OBJETO Y ANOTACIÓN REGISTRAL	81
---	-----------

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

I. La nueva configuración de la guarda de hecho para la persona con discapacidad como asistente en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica: publicidad y límites en las actuaciones representativas del guardador	82
1. <i>Preliminar: sobre su anotación registral, intervención en el ejercicio de la capacidad jurídica y autorización judicial si representa a la persona con discapacidad</i>	82
1.1. <i>La intervención jurisdiccional</i>	84

1.2.	La Renovada disposición adicional cuarta del Código Civil: la genérica referencia a la discapacidad como supuesto de hecho que haga preciso la provisión de medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica	85
2.	<i>La medida de apoyo de la guarda de hecho de naturaleza voluntaria vs. legales y subsidiarias. Su previsión ope legis potestativa en los casos de insuficiencia de las demás figuras formales</i>	86
2.1.	Naturaleza legal: las medidas voluntarias como prioritarias, las legales y judiciales como formales subsidiarias, y la guarda de hecho como medida informal, subsidiaria sea personal o conferida a entidad pública en caso de absoluto fracaso del sistema de apoyos	86
2.2.	Objeto: el libre desarrollo de la personalidad	91
2.3.	Ejercicio por entidad pública	92
2.4.	Su renovada institucionalización como figura informal y subsidiaria que puede transformarse en definitiva	93
3.	<i>El guardador de hecho registrado y no inscrito en el Registro Civil</i>	95
4.	<i>Las disposiciones del Código Civil en materia de guarda de menores</i>	97
5.	<i>El Código Civil y la renovada figura de la guarda de hecho como institución integrada en el elenco de apoyo a la persona con discapacidad</i>	101
6.	<i>Registro Civil: La pervivencia de la mera anotación</i>	107
7.	<i>El artículo 12 de la Convención de 2006: un presupuesto o indicador de la capacidad y de la discapacidad genérica</i>	108
II.	Una situación singular: el guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD	109
1.	<i>Derecho subjetivo de ciudadanía y exigencia del reconocimiento mediante procedimiento administrativo: fundamento técnico de la pluralidad procedimental y de la diversidad de modelos de solicitud</i>	109

	<u>Página</u>
2. <i>Iniciación del procedimiento: notas sobre la legitimación activa y las funciones generales del órgano tutelar de la guarda de hecho</i>	112
III. Reflexiones conclusivas sobre el mecanismo protector del guardador de hecho	114
IV. Bibliografía	116
V. Resoluciones judiciales citadas	117
CAPÍTULO III	
LA CURATELA COMO CLAVE DEL SISTEMA DE APOYOS ...	
ARACELI DONADO VARA	
I. El nuevo sistema de apoyos de la Ley 8/2021 y el punto de inflexión que supuso en la materia de discapacidad la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las personas con discapacidad	119
II. La curatela como medida de apoyo: concepto y tipología: desde la asistencial en la generalidad de los supuestos, hasta la representativa, en los excepcionales	126
1. <i>La curatela representativa: ¿qué actos debe autorizar el juez?</i>	127
2. <i>La autotutela: la curatela establecida en previsión de una futura necesidad de apoyo</i>	134
3. <i>Nombramiento del curador: ¿quién puede ser curador?</i>	139
4. <i>Causas de inhabilidad: ¿quién no puede ser curador?</i>	141
4.1. <i>¿El curador puede excusarse de su función?</i>	141
4.2. <i>¿Quién puede ser removido del cargo?</i>	142
III. El desempeño de la curatela: las funciones del curador	143
IV. Extinción de la curatela	145
V. Conclusiones	145
VI. Bibliografía	146

CAPÍTULO IV

LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS EN EL NUEVO SISTEMA DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 149

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

I.	Introducción	149
II.	La conceptualización de las medidas voluntarias de apoyo	151
	1. <i>El concepto de apoyo</i>	152
	2. <i>El marco general de las medidas voluntarias de apoyo</i>	154
	3. <i>Los poderes y mandatos preventivos</i>	157
	3.1. <i>Tipología</i>	157
	3.2. <i>Contenido</i>	159
	3.3. <i>El apoderado</i>	161
	3.4. <i>Extinción de los poderes preventivos</i>	162
	4. <i>La autotutela</i>	164
	5. <i>Las instrucciones previas a la toma de decisiones en el ámbito sanitario</i>	168
	5.1. <i>El documento de instrucciones previas y el consentimiento informado</i>	168
	5.2. <i>Elementos subjetivos</i>	170
	5.3. <i>Elementos objetivos</i>	171
	5.4. <i>Elementos formales</i>	174
	5.5. <i>Revocabilidad</i>	175
III.	La tensión entre voluntariedad e interés de la persona con discapacidad en la fijación de las medidas de apoyo	176
	1. <i>La relevancia del interés superior de la persona con discapacidad</i>	176
	2. <i>El supuesto «derecho a equivocarse» de la persona con discapacidad</i>	181
IV.	Bibliografía	187

CAPÍTULO V

APODERAR PARA EMPODERARSE	191
C. ALICIA CALAZA LÓPEZ	
I. Introducción	191
II. Análisis de la reforma del poder preventivo por la ley 8/2021	197
1. <i>Regulación vigente</i>	198
2. <i>Clases de poder preventivo</i>	201
2.1. El poder con cláusula de subsistencia	202
2.2. El poder ad futurum	203
3. <i>Disposiciones comunes</i>	205
3.1. El poderdante y el apoderado	205
3.2. La desjudicialización	208
3.3. El apoyo institucional del notario: Pautas de actuación	210
3.4. El contenido del poder preventivo	217
3.5. Las medidas de control del apoderamiento	222
3.6. Duración y extinción de los poderes preventivos ...	223
III. Bibliografía	227

CAPÍTULO VI

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO EM PORTUGAL ...	231
CRISTINA DIAS	
I. Considerações introdutórias	231
II. Referências aos direitos fundamentais da pessoa com deficiência consagrados na Convenção de Nova Iorque e a razão de ser da nova configuração legal	234
III. O novo regime – introdução à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Os fundamentos e a razão de ser do regime do maior acompanhado (a Proposta de Lei n.º 110/XIII e sua apreciação)	238

	<u>Página</u>
IV. O regime jurídico do maior acompanhado – análise do regime introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto	241
1. <i>O novo regime e sua entrada em vigor</i>	241
2. <i>Os requisitos do acompanhamento</i>	245
3. <i>O acompanhante</i>	247
4. <i>Âmbito e conteúdo do acompanhamento</i>	249
5. <i>Capacidade do maior acompanhado</i>	251
6. <i>Valor dos atos do maior acompanhado</i>	252
7. <i>Mandato com vista a acompanhamento</i>	253
8. <i>Cessação e modificação do acompanhamento</i>	254
V. Notas finais	254
VI. Referências bibliográficas	255

CAPÍTULO VII

EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD (MUCHO RUIDO...)

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

I. Introducción	260
II. Nuevo tratamiento procesal de la discapacidad (una reforma insuficiente)	260
III. El nuevo modelo (deficiencias y relación expediente-proceso)	266
1. <i>Caracteres del nuevo modelo</i>	266
2. <i>Relaciones expediente-proceso</i>	268
2.1. <i>El proceso judicial como cauce sucesivo (oposición)</i>	269
2.2. <i>El proceso judicial como cauce de control</i>	270
IV. Novedades de la Jurisdicción Voluntaria	272
1. <i>Relevancia de la terminología</i>	272
1.1. <i>Consolidación del término discapacidad</i>	272
1.2. <i>A vueltas con la terminología procesal (un problema de mucho más calado)</i>	273

	<u>Página</u>
2. <i>Ajustes para personas con discapacidad (¿necesarios o razonables?)</i>	274
3. <i>Modificación de expedientes existentes (solo lo imprescindible)</i>	277
4. <i>Nuevos expedientes (llegaron los «bises»)</i>	279
V. Ámbito del nuevo expediente para la Provisión de medidas judiciales de apoyo	279
VI. La extinción de poderes preventivos	281
VII. Bibliografía	283

CAPÍTULO VIII

EL MODELO PROCESAL DE TÉCNICA MONITORIA PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS ESTABLES A PERSONAS CON DISCAPACIDAD: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSA SUBSIDIARIA	287
---	-----

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA

I. Introducción	287
II. La intervención jurisdiccional en materia de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica	288
III. Modelo procesal establecido en la Ley 8/2021	295
1. <i>Provisión de apoyos con carácter ocasional: nombramiento de defensor judicial</i>	295
2. <i>Provisión de apoyos con carácter estable: nombramiento de curador</i>	300
2.1. <i>Jurisdicción voluntaria de carácter preferente</i>	300
2.2. <i>Sistema de técnica monitoria: jurisdicción contenciosa subsidiaria</i>	302
2.2.1. <i>“Fracaso” del expediente de jurisdicción voluntaria</i>	304
A) <i>Planteamiento de oposición</i>	304
B) <i>Imposibilidad de resolver el expediente</i>	309
2.2.2. <i>Derivación al proceso contencioso</i>	311

SUMARIO

	<u>Página</u>
IV. A modo de conclusión	314
V. Bibliografía	315
CAPÍTULO IX	
LOS AJUSTES DEL PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL EN LA INTERVENCIÓN COMO PARTE Y COMO TESTIGO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
	319
SARA DÍEZ RIAZA	
I. Introducción	320
II. Significado y origen normativo de los ajustes de procedimiento	321
III. Principales «ajustes en el procedimiento» adoptados por la reforma de la LEC en relación con la intervención de las personas con discapacidad en el proceso	328
1. <i>Ajustes de carácter general</i>	329
1.1. <i>Comparecencia en juicio y representación</i>	329
1.2. <i>Ajustes para personas con discapacidad</i>	329
1.2.1. <i>Apoyos a la comprensión</i>	330
1.2.2. <i>Apoyos a la comunicación</i>	332
1.2.3. <i>Otros apoyos</i>	333
1.2.4. <i>Omisiones en cuanto a su regulación</i>	333
2. <i>Ajustes en determinados procesos</i>	334
2.1. <i>Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores</i>	334
2.2. <i>Pruebas preceptivas en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad</i>	334
2.3. <i>Toma de declaración en los procesos matrimoniales</i>	335
IV. Especial consideración del facilitador judicial	335
1. <i>La figura del facilitador judicial</i>	336

	<i>Página</i>
2. <i>¿Quién ha de retribuir al facilitador judicial?</i>	338
V. Conclusiones	341
VI. Bibliografía	342

CAPÍTULO X

CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CONCEPCIÓN DE LA PRUEBA EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN 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	345
---	-----

ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ

I. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Un nuevo marco jurídico para las personas con discapacidad	346
II. 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	349
1. <i>Antecedentes legislativos</i>	349
2. <i>Estructura</i>	352
3. <i>Notas definitorias</i>	353
III. Expediente de provisión de apoyo en la jurisdicción voluntaria en la ley 8/2021: especial referencia a la prueba practicada en el mismo	361
1. <i>Consideraciones generales</i>	361
2. <i>Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación</i>	365
2.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	365
2.2. <i>Competencia</i>	365
2.3. <i>Legitimación</i>	366
2.4. <i>Postulación</i>	366
3. <i>Procedimiento</i>	367

SUMARIO

	<u>Página</u>
4. <i>Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas</i>	371
IV. Bibliografía	372
CAPÍTULO XI	
LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, SE ESTRENA EN EL TRIBUNAL SUPREMO	
	377
JÉSICA DELGADO-SÁEZ	
I. Introducción	377
II. Antecedentes y objeto del litigio	383
III. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia	383
IV. Sentencia de la Audiencia Provincial	384
V. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 589/2021, de 8 de septiembre	385
1. <i>Consideraciones del Ministerio Fiscal</i>	385
2. <i>Disposiciones transitorias de la Ley 8/2021</i>	388
3. <i>Resolución del recurso de casación</i>	390
3.1. <i>Modificación de la capacidad</i>	391
3.2. <i>Provisión de apoyos a la persona con discapacidad</i>	391
4. <i>Fallo</i>	396
VI. Bibliografía	396
CAPÍTULO XII	
INCAPACIDADE JUDICIÁRIA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA: ASPETOS PROCESSUAIS	
	399
MARCO CARVALHO GONÇALVES	
I. Incapacidade judiciária: âmbito e suprimento	400
1. <i>Suprimento da incapacidade dos menores</i>	400
2. <i>Suprimento da incapacidade dos maiores acompanhados</i>	401
2.1. <i>Maior acompanhado sujeito a representação</i>	401
2.2. <i>Maior acompanhado não sujeito a representação</i>	401

	<u>Página</u>
II. Defesa do incapaz pelo Ministério Público	401
III. Representação do incapaz pelo Ministério Público	402
IV. Consequências da falta de capacidade judiciária	402
1. <i>Âmbito</i>	402
2. <i>Suprimento da incapacidade judiciária e da irregularidade de representação</i>	402
V. Regime jurídico do maior acompanhado	403
1. <i>Âmbito</i>	403
2. <i>Natureza do processo</i>	404
3. <i>Tribunal competente</i>	405
4. <i>Princípios estruturantes</i>	405
4.1. <i>Princípio do dispositivo</i>	405
4.2. <i>Princípio do inquisitório</i>	406
4.3. <i>Princípio da imediação</i>	407
5. <i>Legitimidade</i>	408
6. <i>Tramitação processual</i>	410
6.1. <i>Requerimento inicial</i>	410
6.2. <i>Citação, representação e resposta do beneficiário</i>	410
6.3. <i>Fase instrutória</i>	411
6.4. <i>Decisão</i>	413
6.5. <i>Recurso</i>	416
6.6. <i>Efeitos</i>	417
7. <i>Medidas provisórias e medidas cautelares</i>	418
8. <i>Publicidade</i>	419
8.1. <i>Publicidade do processo</i>	419
8.2. <i>Publicidade da decisão</i>	419
9. <i>Caso julgado e revisão periódica</i>	419
IV. Bibliografia	420

PARTE II
PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

CAPÍTULO XIII

PREVENCIÓN Y RESPUESTA: NUEVO PARADIGMA DE LA LO 8/2021 FRENTE A LA VIOLENCIA EN LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA	425
ANA M. ^a PÉREZ VALLEJO	
I. Introducción	426
II. El derecho a una vida libre de violencia	426
1. <i>Implementación de la Convención de los derechos del niño</i> ...	426
2. <i>Estado de la cuestión y esferas prioritarias de actuación</i>	430
III. Protección integral frente la violencia infantil en España	432
1. <i>Ejes prioritarios y la prevención como nuevo paradigma en el sistema de protección</i>	432
1.1. <i>Violencia: concepto multidimensional</i>	433
1.2. <i>Principios y fines en sede de prevención</i>	434
2. <i>Atención a colectivos especialmente vulnerables</i>	436
2.1. <i>Menores con discapacidad</i>	437
2.2. <i>Diversidad afectivo-sexual</i>	439
2.3. <i>Menores extranjeros no acompañados (MENAS)</i>	440
IV. Alerta en los ámbitos centrales de la vida de niños, niñas y adolescentes	444
1. <i>Prevención primaria</i>	444
1.1. <i>Ámbito familiar</i>	445
1.2. <i>Ámbito educativo</i>	447
2. <i>Prevención secundaria y terciaria</i>	448
2.1. <i>Detección precoz e intervención temprana: Protocolos de actuación</i>	449
2.2. <i>Deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo y violencia</i>	451

	<u>Página</u>
2.3. Decálogo de derechos y garantías frente a la violencia institucional	453
V. Novedades en sede de protección frente a determinados delitos	458
1. <i>Tipos penales y prescripción de los delitos</i>	459
2. <i>Agravante de edad y perdón del ofendido</i>	460
3. <i>Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos</i>	462
VI. Bibliografía	464

CAPÍTULO XIV

LAS SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO TRAS LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	467
---	------------

TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA

I. Introducción	467
II. Situación de partida: la desprotección del menor	469
1. <i>Los indicadores y las situaciones de riesgo</i>	471
2. <i>Los indicadores y las situaciones de desamparo</i>	475
III. Posibles actuaciones frente a la desprotección	478
1. <i>Principios rectores de la actuación administrativa</i>	479
2. <i>Trascendencia de la correcta valoración de la situación de desprotección examinada y sus efectos</i>	482
2.1. <i>Situaciones previas a la declaración de riesgo</i>	485
2.2. <i>Situaciones de riesgo</i>	487
2.3. <i>Situaciones de desamparo</i>	489
2.3.1. <i>La guarda provisional</i>	492
2.3.2. <i>El acogimiento</i>	493
2.3.3. <i>La adopción</i>	494
IV. Conclusiones	494
V. Bibliografía	495

CAPÍTULO XV

**EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO: COMENTARIOS
A SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EURO-
PEA Y EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL** 499

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ

I.	Introducción	499
II.	Notas generales sobre el acogimiento	501
	1. <i>El acogimiento familiar</i>	501
	2. <i>El acogimiento residencial</i>	505
III.	El acogimiento transfronterizo en la normativa de la Unión Europea	508
	1. <i>Consideraciones previas</i>	508
	2. <i>Procedimiento de solicitud</i>	509
	3. <i>Documentación requerida</i>	512
	4. <i>Motivos de denegación de la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental</i>	514
	4.1. <i>El reconocimiento es contrario al interés del menor</i>	514
	4.2. <i>El menor no ha sido escuchado</i>	515
	4.3. <i>Otras causas</i>	516
IV.	El acogimiento transfronterizo en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio	517
	1. <i>Tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo recibidas</i>	517
	1.1. <i>Autoridad competente para su recepción</i>	517
	1.2. <i>Requisitos formales exigidos</i>	518
	1.3. <i>Tramitación de la solicitud</i>	520
	2. <i>Análisis de los motivos de denegación de las solicitudes de acogimientos transfronterizos en España</i>	521
	3. <i>Solicitud de acogimientos transfronterizos por España</i>	530
V.	Bibliografía	531

CAPÍTULO XVI

LA VIOLENCIA DIGITAL DESDE LA PERSPECTIVA REGULADA EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA 535

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ

I.	Introducción	535
II.	Menores, violencia y violencia digital: una aproximación legislativa	542
III.	La carta de derechos digitales: tratamiento o ausencia de la violencia	550
IV.	La violencia digital y su regulación en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia	552
V.	Conclusiones	560
VI.	Bibliografía	560

CAPÍTULO XVII

REFLEXIONES E INCERTIDUMBRES EN TORNO AL CAPÍTULO VIII DE LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA 565

LAURA MARÍN CÁCERES

I.	Algunas ideas sobre la protección y promoción del menor	565
II.	El Reglamento General de protección de datos ¿suficiente?	570
III.	«Prevenir mejor que curar»: La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia	574
IV.	A modo de conclusión personal	581
V.	Bibliografía	582

CAPÍTULO XVIII

EL DERECHO DE LOS NIÑOS DISCAPACITADOS A LA INCLUSIÓN ESCOLAR: COMPARACIÓN ENTRE ITALIA Y ESPAÑA	585
---	------------

FRANCESCO RUTIGLIANO

I. Los derechos de los niños con discapacidad	585
II. El camino de la inclusión en el contexto español	588
III. El camino de la inclusión en el contexto italiano	590
IV. El camino de la inclusión en el contexto europeo	591
V. El principio de discriminación	593
VI. El derecho a la inclusión escolar del niño discapacitado	596
VII. La educación inclusiva de los niños discapacitados en la nueva agenda 2030 para el desarrollo	604

CAPÍTULO XIX

ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA “ENCUBIERTA” A LA LUZ DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 656/2021, DE 4 DE OCTUBRE DE 2021 Y DEL REFORZAMIENTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO	607
--	------------

PAULA MARTÍNEZ MOLARES

I. Antecedentes de la Sentencia	607
II. Motivos del recurso	609
III. Decisión del Tribunal Supremo	617
IV. Conclusiones	620
V. Bibliografía	622

CAPÍTULO XX

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA: NATURALEZA JURÍDICA, CARÁCTER PRECEPTIVO Y RELEVANCIA PROBATORIA 625

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ

I.	Introducción	625
II.	Regulación de la audiencia de los menores de edad en los procesos de familia	627
	1. <i>Regulación supranacional</i>	627
	2. <i>Regulación estatal</i>	629
	3. <i>Regulación autonómica</i>	633
III.	Naturaleza jurídica de la audiencia del menor	634
IV.	Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia del menor	640
V.	Relevancia probatoria de la audiencia del menor	651
VI.	Bibliografía	653

CAPÍTULO XXI

LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA: PRÁCTICA Y DOCUMENTACIÓN DE LA AUDIENCIA ... 655

PABLO GRANDE SEARA

I.	Introducción	656
II.	Práctica de la audiencia del menor	657
	1. <i>Tipos o modalidades de exploración del menor</i>	658
	1.1. <i>Exploración directa del menor por el juez</i>	659
	1.2. <i>Exploración a través de expertos (Equipo Psicosocial) sin la intervención del juez</i>	662
	1.3. <i>Audiencia a través de un tercero conocedor de la opinión del menor</i>	666
	2. <i>Circunstancias de lugar, tiempo y forma de la audiencia</i>	668
	2.1. <i>Lugar en que debe practicarse la exploración del menor</i>	669

SUMARIO

	<u>Página</u>
2.2. Circunstancias de tiempo en la exploración del menor	671
2.3. Forma de practicar la exploración del menor	674
2.3.1. Deber de información previa	674
2.3.2. Sujetos intervinientes en la exploración. Respeto de la privacidad e intimidad	677
2.3.3. Desarrollo de la audiencia del menor	681
A) Fase de acogida	681
B) Fase de audiencia propiamente dicha	682
C) Fase de cierre o despedida	685
III. Documentación de la audiencia y confidencialidad	685
IV. Bibliografía	691

CAPÍTULO XXII

EL DERECHO DE LOS MENORES CON DISCAPACIDAD AUDITIVA A OÍR Y SER OÍDOS

695

BLANCA MAZZINI PAREJO

I. Introducción	695
II. Marco normativo	696
1. <i>La audiencia al menor</i>	698
2. <i>Interpretación de lengua de signos</i>	700
3. <i>Medios de apoyo a la comunicación</i>	701
4. <i>Aciertos y posibles mejoras</i>	702
III. Cuestiones prácticas	703
1. <i>Modalidades de interpretación</i>	704
2. <i>Especialidades</i>	706
3. <i>Perfiles profesionales</i>	708
3.1. <i>Intérpretes de lengua de signos</i>	708
3.2. <i>Guía-intérpretes</i>	709
3.3. <i>Adecosores</i>	709
3.4. <i>Facilitadores de la comunicación</i>	710

	<u>Página</u>
3.5. Defensores judiciales	711
3.6. Peritos y expertos	711
4. <i>Relevancia</i>	712
IV. Conclusiones	714
V. Referencias bibliográficas	715

CAPÍTULO XXIII

LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD: PROBLEMAS DE ENCAJE PROCESAL	719
--	-----

TOMÁS FARTO PLAY

I. Consideraciones previas	719
II. Evolución de la coordinación de parentalidad	721
1. <i>Origen y proyectos</i>	721
2. <i>La coordinación de parentalidad en la actualidad</i>	724
III. Concepto y notas definitorias de la coordinación de parentalidad	725
IV. Marco jurídico	727
V. Designación del coordinador de parentalidad	730
1. <i>Modalidades</i>	730
2. <i>Momento</i>	732
3. <i>Temporalidad y ultima ratio</i>	733
VI. Funciones y facultades	734
1. <i>Descripción y análisis</i>	734
2. <i>Funciones delegables y no delegables</i>	738
VII. Su incardinación en el sistema de justicia	740
VIII. Conclusiones	743
IX. Bibliografía	745

CAPÍTULO XXIV

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD Y EL MEDIADOR 749

BLANCA OTERO OTERO

I.	Introducción	749
II.	La persona mediadora	751
	1. <i>Funciones de la persona mediadora</i>	752
	2. <i>Formación de la persona mediadora</i>	754
III.	El coordinador de parentalidad	758
	1. <i>Funciones del coordinador parentalidad</i>	761
	2. <i>Formación del coordinador parentalidad</i>	763
IV.	Principales diferencias entre la persona mediadora y el coordinador de parentalidad	766
V.	Bibliografía	772

CAPÍTULO XXV

PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL INFANTIL EN ESPAÑA, 15 AÑOS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA 777

BREOGÁN RIOBÓO-LOIS

CARMEN VERDE-DIEGO

RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ

I.	Introducción	778
	1. <i>Evolución de los modelos de comprensión de la discapacidad</i>	778
	2. <i>Importancia del Movimiento de Vida Independiente</i>	782
	2.1. <i>Origen y primeros pasos del Movimiento de Vida Independiente</i>	783
	2.2. <i>Evolución en España: el Foro de Vida Independiente y Divertad</i>	785
	3. <i>Evolución legislativa en el ámbito de la diversidad funcional (discapacidad) en España</i>	786

Capítulo XVII

Reflexiones e incertidumbres en torno al Capítulo VIII de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia

LAURA MARÍN CÁCERES

*Profesora Derecho Civil
Universidad de Jaén*

SUMARIO: I. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL MENOR. II. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS ¿SUFICIENTE? III. «PREVENIR MEJOR QUE CURAR»: LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN PERSONAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL MENOR

No han transcurrido tantos años desde que un ordenador «entró en casa» y lo hizo como un artículo de lujo al alcance de no todas las familias. Hoy, comienzos del 2022, es evidente que el mundo digital impacta en todas las parcelas de la vida incluso aunque nos neguemos. El 83,7% de los hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años dispone de algún tipo de ordenador (de sobremesa, portátil, tablet...), lo que supone un aumento de 2,3 puntos respecto a 2020. Cuanto mayor es la población del municipio de residencia y mayores son los ingresos, más equipamiento en

TIC tienen los hogares¹. Además, se estima que la utilización de las nuevas tecnologías por parte de los menores (de 10 a 15 años) es 91,5% y aún más el uso de Internet, 97,5%, porcentajes que han crecido con respecto al 2020². Las nuevas tecnologías, especialmente Internet, son las herramientas más utilizadas por los menores convirtiéndose en instrumentos indispensables en sus relaciones diarias y al mismo tiempo, una puerta abierta, por un lado, a indudables beneficios y, por otro, a eventuales efectos negativos. Pese a ser nativos digitales³, los menores son un colectivo vulnerable y vulnerado necesitado de instrumentos específicos de protección.

La protección de las personas menores de edad⁴ es una obligación prioritaria de los poderes públicos, consagrada en el artículo 39 CE y reconocida en los Tratados internacionales. No obstante, la otra cara de la moneda, no menos importante, es la promoción de la autonomía del menor que permite según la edad y madurez de la persona la realización de determinados actos con validez jurídica. Y, en ambos casos, protección y promoción, presididos por el principio del interés superior del menor que debe estar presente y, por tanto, valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan tanto en el ámbito público como privado⁵.

1. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, año 2021», Notas de Prensa, 15 de noviembre de 2021, p. 1, disponible en https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf [última consulta: 27-12-2021].
2. Instituto Nacional de Estadística, «Encuesta sobre...», *op. cit.*, p. 12.
3. Término acuñado por MARK PRENSKY para definir a todos los que han nacido y se han formado utilizando la particular «lengua digital» de juegos por ordenador, vídeo e Internet. Por otro lado, define a los que por edad no han vivido tan intensamente esta revolución, pero se han visto obligados a formarse rápidamente para estar al día como inmigrantes digitales. Para ampliar esta información puede consultarse PRENSKY, M., «Nativos e inmigrantes digitales», *Institución Educativa SEK*, 010, disponible en [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf) [última consulta: 26-12-2021].
4. El artículo 12 de la Constitución española (CE) señala que se es mayor de edad con 18 años. En consonancia, el art. 246 del Código Civil (CC) de manera expresa establece que «el mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código» y, además, añade la posibilidad de regir su persona y sus bienes como si fuese mayor, al menor que con 16 años obtenga la emancipación o la habilitación de la mayor edad, afirmación que hay que interpretar teniendo en cuenta los artículos 247 y 248 CC que exigen el consentimiento de los progenitores, defensor judicial o cónyuge del menor para determinados actos.
5. Artículo 2 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 (LOPJM). BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996. Para más información puede consultarse PÉREZ GIMÉNEZ, M.º T., *Libertad de información y Derechos Fundamentales: un equilibrio inestable*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 72-73.

Tal y como reza el título, estas páginas intentan reflexionar sobre si los instrumentos jurídicos vigentes protegen los derechos del menor en el ámbito digital. Diversos Tratados internacionales reconocen de manera general o específica la necesidad de garantizar los derechos de la personalidad de los menores. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), documento que proclama, por primera vez, que los derechos humanos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas. Posteriormente, esta proclama se desarrollará en todo un cuerpo de Tratados y buena prueba son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (1966)⁶ y la Convención de los Derechos del Niño (1989)⁷ que específicamente reconoce los derechos de los menores y manifiesta en su artículo 3, el principio de interés superior del menor como principio vertebrador de cualquier medida que concierne a los niños/as.

En el ámbito europeo, la Carta Europea de Derechos del Niño (1992), en la que se solicita la adhesión sin reservas por parte de los Estados miembros a la Convención de los Derechos del Niño⁸ y se enumeran principios dirigidos a solventar los problemas específicos que pueden afectar a los niños de la Comunidad Europea derivados del proceso de integración europea y por la realización del Mercado Interior. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que reafirma los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹. Menciona específicamente el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para el bienestar del menor, así como, constituirá una consideración primordial en todos los actos relativos a los menores, el interés superior del menor. El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establecen que toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan.

6. Ratificados por España el 13 de abril de 1977. BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977.

7. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante la publicación del Instrumento de Ratificación en el BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

8. Considerando D.1.

9. Párrafo 5 Preámbulo Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De todo lo anterior, se desprende que la preocupación y protección del menor en el ámbito familiar, social, educativo o económico ha sido una constante, pero lógicamente no se protegían específicamente los derechos digitales del menor, precisamente porque la revolución informática de las últimas décadas ha transformado la vida diaria y ha llegado tan rápido que posiblemente no estábamos preparados para ella.

No obstante, esto no quiere decir que el menor se encontrase en un limbo jurídico en el supuesto de vulneración de los derechos digitales, pues la protección era vía tradicional mediante una labor de interpretación del derecho a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen que son derechos de aplicación en el mundo tecnológico. Prueba de ello, es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que desarrolla los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 CE. El artículo 20.1.d) CE especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El artículo 18.4 de nuestra norma suprema, prevé la limitación por medio de ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el artículo 105. b) CE a la vez que prevé que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Además, reserva la citada LO 1/82, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, el artículo 3 al menor de edad, permitiendo que según las condiciones de madurez¹⁰ y de acuerdo con la legislación civil, el menor preste el consentimiento. En el resto de casos, necesitará el consentimiento por escrito del representante legal, quién deberá haberlo puesto previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal¹¹, si este se

10. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 46, señala que fijar las condiciones de madurez para determinar la validez del consentimiento del menor es el criterio más respetuoso porque exige, sea cual sea su edad, cuando tenga madurez para decidir y participar en las decisiones relativas a su intimidad o imagen sea respetado y porque asegura una mejor protección ya que desplaza la carga de asegurarse de que tiene la madurez suficiente a quien quiere obtener su consentimiento. La supuesta inseguridad jurídica que se puede producir puede ser tolerada porque muy difícilmente los intereses en juego de quien solicita el consentimiento estarán por encima de la intimidad o la imagen del menor.

11. La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores constata que estadísticamente son

opusiera, deberá ser el juez quien resuelva. La cuestión fundamental es, por un lado, que no existe precepto¹² que disponga el momento exacto en el que se tienen las condiciones de madurez, pues dependerán del desarrollo de cada menor. Por consiguiente, como apunta PÉREZ GIMÉNEZ, «habrá que averiguar cuál es su aptitud para discernir, para comprender y aceptar el alcance de los actos en los que se encuentre implicado el menor, no todos los menores tienen el mismo desarrollo intelectual, volitivo o emocional, ni todas las actuaciones tienen la misma complejidad¹³» y, por otro, la evolución de la normativa hacia un reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Así, 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, abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC y construyó un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general¹⁴. Establece el artículo 5 dentro del derecho a la información de los menores «prestar especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que les permita actuar con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar los riesgos y protegerse de ellos». Se configura un derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente que el Tribunal Constitucional ha definido como «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero sea un Estado o un particular o cuales puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quién posee estos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa

escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Referencia FIS-I-2006-00002.

12. PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T., *Libertad de información y Derechos Fundamentales: Un equilibrio inexistente*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 76.
13. La legislación asocia determinadas edades con la posibilidad de realizar válida y eficazmente actos jurídicos. En este sentido, a *sensu* contrario, el artículo 663 CC permite al menor con 14 años otorgar testamento, el mayor de 12 años debe consentir la adopción según el tenor literal del artículo 177.1 CC, el mayor de 14 años presta declaración para la validez de la adquisición de la nacionalidad por residencia y se precisa el consentimiento expreso de los hijos/as mayores de 16 para la asistencia psicológica, artículo 156 CC, todo en base al reconocimiento de suficiente capacidad natural.
14. Apartado 2 Preámbulo LOPJM.

posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento informático o no, de los datos personales requieren como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder de oponerse a esa posesión y usos¹⁵.

La lectura del precepto y del Fundamento del TC, nos obliga a reflexionar sobre si realmente se ha prestado esa especial atención, se han identificado las situaciones de riesgo y adoptado las herramientas y estrategias adecuadas para la protección de los menores en el entorno digital donde exponen su vida privada, imagen e intimidad.

II. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS ¿SUFICIENTE?

La Directiva 95/46/CE¹⁶ tenía como objeto que los Estados miembros garantizaran la protección de los derechos fundamentales y libertades de las personas físicas y en particular el derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, pero no hacía mención expresa a los menores. Era evidente que la evolución tecnológica y la globalización planteaban nuevos retos para la protección de datos y se hizo esperar pero finalmente se promulga el Reglamento General de protección de datos¹⁷ (RGDP) cuya entrada en vigor se produjo el 24 de mayo de 2016, no obstante, su aplicación se prevé para el 25 de mayo de 2018¹⁸, periodo de tiempo que los Estados debían utilizar para adaptar la normativa interna a lo establecido en el Reglamento.

15. STC 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico séptimo.

16. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Derogada). DOCE n.º L 281/31 de 23 de noviembre de 1995.

17. Reglamento (UE) 2016/679 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). DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

18. Artículo 99.2 RGPD.

Destacar, de manera breve, varias ideas en relación con el Reglamento. Por un lado, el legislador europeo declara que el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, lo había anticipado la Carta Europea en su artículo 8 pero ahora «extiende dicha protección a las personas físicas cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, vinculando directamente los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales, con el respeto a las libertades y los derechos fundamentales¹⁹». Añade HERRÁN ORTIZ una reflexión interesante al afirmar que el Reglamento General de protección de datos, «no solo tutela el derecho a la protección de datos personales, sino cualesquiera derechos y libertades fundamentales de la persona que pudieran verse afectados por el tratamiento de los datos personales²⁰». Por otro lado, el RGPD debía satisfacer la reclamación continua por parte del sector público y privado de una nueva regulación sobre protección de datos acorde con los avances digitales y un marco normativo uniforme para todos los Estados miembros. En principio, no parece otra la intención del legislador si pensamos en la forma elegida, un Reglamento. La naturaleza jurídica de un Reglamento produce dos efectos jurídicos, tener alcance general para todos los Estados miembros y eficacia directa, por consiguiente, todos los Estados miembros obligatoriamente deben aplicarlo sin necesidad de ninguna actuación interna y así lo recoge explícitamente el artículo 99 RGPD con el tenor literal «el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro», previsión esta, por otro lado, innecesaria, pues como se ha apuntado, los efectos jurídicos de un Reglamento son esos y difieren de los de la Decisión y la Directiva, pues en caso contrario, no tendría sentido diferenciar el Derecho derivado vinculante. Además, la intención del legislador de garantizar un nivel uniforme, coherente y elevado de protección en el tratamiento de datos de carácter personal se plasma en varios de sus considerandos, 7, 10, 13. Sin embargo, pese a la forma elegida y la finalidad expresa de uniformidad y coherencia, el Reglamento concede un amplio margen a cada Derecho interno²¹ en la adaptación de sus normas provocando, a mi parecer, el efecto contrario al buscado, incertidumbre jurídica.

19. HERRÁN ORTIZ, A. I., «Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de protección de datos personales a debate», *REDS*, n.º 8, enero-julio, 2016, p. 181.

20. HERRÁN ORTIZ, A. I., «Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de protección de datos personales a debate», *op. cit.*, p. 182.

21. Ejemplo son los artículos 6.3 y 9 RGPD.

Trasladando estas cuestiones generales al ámbito específico de protección del menor en el ámbito digital, puede afirmarse que el legislador europeo «no ha hecho los deberes» o lo que es lo mismo, se inhibe de su responsabilidad en cuestión de menores de edad. Derogó la Directiva 95/46/CE que no mencionaba al menor y solo reserva uno de sus artículos, el número 8, relativo a las condiciones aplicables al consentimiento²² del niño/a²³ en relación con los servicios de la sociedad de la información disponiendo que el tratamiento de los datos personales de un niño/a se considerará lícito cuando tenga un mínimo de 16 años. Si fuese menor de 16 años, el tratamiento se considerará lícito si el consentimiento se presta por el titular de la patria potestad o por el tutor pudiendo establecer los Estados miembros por Ley una edad inferior a tales fines, siempre que la edad fijada no sea inferior a 13 años. Por tanto, traslada al legislador nacional el deber de establecer dentro de esa horquilla 13-16 una edad, España la ha fijado en 14 años²⁴. ¿Es la edad adecuada? Sinceramente, no lo sé, pero hay un hecho evidente, no hay una edad uniforme para todos los Estados miembros. Asimismo, otro problema añadido que se desprende del artículo 8.2 es cómo se verifica la edad del menor en el entorno tecnológico. Afirma el artículo que «el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible». Ninguno de sus preceptos define qué se entiende por esfuerzos razonables, puede ser desde indicar el año de nacimiento, rellenar un formulario (entendiendo que la calificación de estos esfuerzos no sería la de razonable por la posibilidad más

22. Puede consultarse un riguroso desarrollo sobre el consentimiento de menores de edad en el RGPD en BÉRROCAL LANZAROT, A. I., «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, septiembre 2019, pp. 2548-2586.

23. El RGPD no utiliza el lenguaje inclusivo. Se incluye por respeto al cumplimiento de la normativa, en apoyo de las mujeres y niñas que sufren discriminación y, en consonancia a la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que siempre menciona niño, niña y adolescente y que es el objeto principal de estas líneas.

24. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018, ha fijado la edad en 14 años (salvo excepciones) según tenor literal del artículo 7. «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».

que evidente de no proporcionar información veraz) hasta solicitar copia del DNI o certificado de nacimiento²⁵.

Tampoco menciona el Reglamento el principio de interés superior del menor, no regula un derecho al olvido específico para el menor, cuando todos sabemos que las preferencias y utilización por ejemplo de las aplicaciones o redes sociales cambian rápidamente según la edad del menor y la tendencia social del momento, a «golpe de clic».

Conviene subrayar que España ha dado importantes pasos en la protección de los derechos en el ámbito digital. En concreto, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos con el objetivo de promover la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. Se recogen en la ley cuatro derechos que forman parte de los derechos digitales de todas las personas, estos son: derecho de acceso a Internet (artículo 81), derecho a la seguridad digital (artículo 82), derecho a la educación digital (artículo 83) y derecho al olvido (artículos 93 y 94). No obstante, la LOPDPGDD se refiere de forma expresa a los menores, entre otros, en el artículo 7 (consentimiento de los menores de edad), artículo 8 (tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos) y artículo 12 (disposiciones generales sobre ejercicio de los derechos) apartado 6 «en cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de esta ley orgánica».

El entorno digital es un espacio de construcción social y para la población infantil y adolescente implica una parte fundamental en el desarrollo

25. GARCÍA HERRERA, V., «El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 20, octubre-diciembre, 2018, pp. 6-7. Plantea que el menor puede engañar al responsable del tratamiento, mediante la falsificación del DNI o falsificando la firma de sus representantes legales. Propone el autor para evitarlo que, a los mecanismos previos de verificación del consentimiento, se podrían añadir otros aptos para llevar a cabo dicha comprobación *a posteriori*, de forma que una vez facilitado el consentimiento por parte de los representantes legales, el responsable del tratamiento podría enviar un correo electrónico o un fax a la dirección de correo electrónico o número de teléfono facilitado en el formulario de consentimiento, para que respondan ratificando su declaración de voluntad, e incluso podrían hacer una llamada al número de teléfono proporcionado.

de la identidad, un lugar donde proyectar los cambios físicos y psicológicos que experimentan y un espacio donde se sienten libres y amparados por otros iguales. El espacio digital, sin duda, está lleno de beneficios, nos informa de manera rápida, escuchamos toda la música que queramos, encontramos películas para recordar y nos conecta con personas que están lejos o a las que no podemos visitar como ha ocurrido durante los peores momentos de la pandemia ocasionada por el Sars-Cov-2 (Covid-19) pero al mismo tiempo, no deja de ser un reflejo de la sociedad actual, marcada por la desigualdad económica, social, de género, un espacio donde se proyectan pensamientos y conductas contrarias a un Estado que se proclama social y democrático de Derecho. En consecuencia, la promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²⁶ (LOPIAV), incluye medidas específicas para la protección de los menores de edad ante contenidos digitales perjudiciales para su desarrollo y bienestar, la incorporación de medidas de concienciación, prevención, detección, protección y reparación por todas las administraciones públicas y la implicación de toda la sociedad y en especial, la de los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad para educar y sensibilizar sobre un uso seguro y responsable de Internet, por consiguiente, un uso beneficioso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación²⁷.

III. «PREVENIR MEJOR QUE CURAR»: LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

La LOPIAV incorpora mediante 60 artículos, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales una reforma legislativa significativa, no solo por su número sino por afectar a normas jurídicas transcendentales²⁸. Una reforma de calado que contrasta con el corto periodo de *vacatio*

26. BOE n.º 134 de 5 de junio de 2021.

27. La inmersión de las tecnologías en nuestras vidas es tal, que el concepto de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) ha quedado obsoleto, sustituyéndose por el término Tecnologías de Relación, Información y Comunicación, TRIC. SAVE THE CHILDREN, Informe (Des)Información sexual: Pornografía y Adolescencia, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Informe_Desinformacion_sexual-Pornografia_y_adolescencia.pdf [última consulta: 14-1-2022].

28. Disposición final primera: modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto 14 de septiembre de 1882 (LECrim); disposición final segunda: Modificación de Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889

legis (20 días)²⁹ que como indica FERNÁNDEZ PANTOJA resulta «casi insólito y cuestionable respecto a los presupuestos básicos y normas que regulan la incorporación de las leyes al sistema jurídico español y, muy en particular, respecto a aquellas normas que afectan a derechos fundamentales tal y como rige en nuestro sistema constitucional³⁰».

Conocer una norma jurídica exige una labor de interpretación y análisis del contenido y, extraer el espíritu, la esencia de la norma jurídica a través de sus preceptos. En este caso, la LOPIAV es un cambio de mentalidad, instaura la protección integral y una palabra clave, eje de la reforma, la prevención. Por consiguiente, se protegen todos los derechos, de todos los niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, incorpora todas las medidas, de toda índole para la protección de los menores en todos los ámbitos de

(CC); disposición final tercera: modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP); disposición final cuarta: Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); disposición final quinta: Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP); disposición final sexta: Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP); disposición final séptima: Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG); disposición final octava: Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM); disposición final novena: modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); disposición final décima: modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPVG); disposición final undécima: Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM); disposición final duodécima: Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS); disposición final decimotercera: Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; disposición final decimocuarta: Modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias; disposición final decimoquinta: Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la disposición final decimosexta: Modificación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

29. La disposición final vigésima quinta, establece para la mayor parte de la ley la entrada en vigor el 25 de junio de 2021, no obstante, lo previsto en los artículos 5.3; 14.2; 14.3; 18; 35 y 48.1.b) producirá efecto a los seis meses de la entrada en vigor de la ley y las modificaciones relativas a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias lo harán a partir del 1 enero de 2022. Por consiguiente, a fecha de redacción de estas líneas, toda la ley ha entrado en vigor.
30. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de “leyes integrales”», *Cuadernos de Política Criminal, Sección Estudios Penales*, n.º 134, II Época, septiembre, 2022, p. 7.

la vida y refiere para ello del compromiso de todos los poderes públicos y de la sociedad en su conjunto. En este sentido, desarrolla ampliamente el Preámbulo los objetivos de la Ley, por un lado, cumplir los compromisos internacionales asumidos por España y, por otro lado, «combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias³¹», exposición que resume mediante el último párrafo con «la ley, en definitiva, atiende al derecho de los niños, niñas y adolescentes de no ser objeto de ninguna forma de violencia, asume con rigor los tratados internacionales ratificados por España y va un paso más allá con su carácter integral en las materias que asocia a su marco de efectividad, ya sea en su realidad estrictamente sustantiva como en su voluntad didáctica, divulgativa y cohesionadora».

La LOPIAV tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia³² y a los menores de nacionalidad española que se encuentren en el extranjero, correspondiéndole a las Embajadas y a las Oficinas Consulares de España en el exterior la protección de los intereses de los menores de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Relaciones Consulares de Viena y demás normativa internacional³³.

Otra cuestión de especial relevancia en la LOPIAV es qué se entiende por violencia. La define el artículo. 1.2, párrafo primero como «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza e interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión», incluyendo de manera expresa, como forma de violencia, la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital, inclusión que ha provocado la

31. Párrafo decimoquinto Preámbulo I LOPIAV.

32. El texto definitivo de la LOPIAV ha suprimido el párrafo del Proyecto que aprobó el Consejo de los Diputados en el que se preceptuaba la obligación de establecer un sistema de garantías e implicación de las entidades públicas respecto a la protección en especial de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños, niñas que llegan solos a España o de los niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., reflexiona sobre esta supresión y se pregunta si la causa puede ser el problema «social» debate y rechazo de la entrada en nuestro país de migrantes desde otros países de forma irregular. Para ampliar esta información puede consultarse FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de “leyes integrales”», *op. cit.*, p. 15-16.

33. Artículos 1, 2 y 51 LOPIAV.

introducción y/o modificación en el CP de los artículos 143 *bis*, 156 *ter*, 156 *quáter* y 156 *quinquies*, «para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de los medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores de edad, así como una gran alarma social. Se castiga a quienes a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios en personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas. Además, se previene expresamente que las autoridades judiciales retirarán esos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva³⁴». Asimismo, incluye en el catálogo de conductas delictivas (artículo 1.2, párrafo segundo) entre otras, el ciberacoso y la difusión pública de datos privados.

Dirigido a la prevención, detección precoz e intervención de la violencia derivada del uso de las nuevas tecnologías, la LOPIAV ha incluido el Título VIII con los artículos 45 y 46. El legislador es consciente de los riesgos derivados del uso inadecuado de Internet y las tecnologías de la información y comunicación. Los menores gozan en las redes sociales de una libertad que por su edad, normalmente, no tienen en el entorno físico. Ceden datos personales, imagen e intimidad voluntaria pero inconscientemente, sin preocuparse del resultado y, participan en la difusión de información de otras personas, contribuyendo a generar redes de violencia digital³⁵. El uso equilibrado y responsable de las nuevas tecnologías es una «asignatura pendiente» por y para todos con independencia de la edad, pero la exigencia y control de dicho uso responsable y equilibrado solo serán posibles a través de medidas integrales. En este sentido, la Ley incorpora, por primera vez, la obligación legal de comunicar la existencia de contenidos disponibles en Internet que constituyan una forma violenta contra un menor de edad, unida a la obligación de las administraciones públicas de garantizar la disponibilidad de canales accesibles y seguros de denuncia. Las administraciones públicas han de desarrollar campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, a las familias, educadores y profesionales que trabajen habitualmente con los menores de edad para que la utilización de Internet y las tecnologías de la información y comunicación sea respetuosa con los derechos fundamentales de los niños, niñas

34. Párrafo vigésimo tercero Preámbulo II LOPIAV.

35. GRIMAL SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 54, considera que si el legislador entiende que los menores a partir de los 14 años tienen la capacidad para entender lo que suponen dichos tratamientos, pueden ser responsables de los daños que ocasionan en la vida privada de terceros a través de las redes sociales.

y adolescentes, promueva los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación entre niños, niñas y adolescentes. Las campañas deben sensibilizar sobre los riesgos que pueden derivarse de un uso inadecuado como el *ciberbullying*, el *grooming*, el *sexting* y el acceso y consumo de pornografía entre la población de menor edad. Las campañas específicas de sensibilización para promover un uso seguro y responsable de Internet se harán a través de un enfoque de aprovechamiento de las oportunidades que brinda el buen uso de la tecnología, se realizarán de modo accesible y, diferenciando tramos de edad e incorporando la perspectiva de los propios menores. Se ha de garantizar el acceso a las mismas en condiciones de igualdad y especialmente de aquellos menores que por razón de su discapacidad necesiten de apoyos específicos cumpliendo el compromiso adquirido por el Estado español al celebrar válidamente y publicar la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La LOPIAV incorpora la imprescindible labor pedagógica, dirigida a un uso seguro y responsable de Internet, en consonancia con la columna vertebral de la Ley, la prevención, y por ella y para ella se han de fomentar medidas de sensibilización, educación y difusión a todos los niveles. Medidas de acompañamiento de las familias para reforzar y apoyar el rol de los progenitores³⁶. La patria potestad, como responsabilidad parental se debe ejercer siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental según preceptúa el artículo 154 CC que, unido al contenido del artículo 84.1 LOPDGDD, nos permite afirmar que los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales son una pieza determinante en la prevención de los riesgos que genera el uso inadecuado de los dispositivos digitales³⁷. Por ello, es imprescindible desarrollar las competencias y habilidades que favorezcan el cumplimiento de las obligaciones legales y en particular las que permitan y garanticen un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales pues «quienes tienen la obligación primaria

36. Artículo 45.1 LOPIAV.

37. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, op. cit., pp. 130 a 136, se pregunta si pueden los padres controlar el uso que hacen los menores de las redes sociales, entendiendo que hay que ponderar cuando prevalece el derecho de velar de los padres sobre los derechos fundamentales o libertades y/o libertades públicas de los hijos/as y cuando así sea, determinar las medidas que se pueden adoptar en el ejercicio de este deber. Se trata de valorar, en cada caso, si la conducta garantista de los progenitores es adecuada o supone una intromisión injustificada en sus derechos. Destaca la importancia de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

de cuidado y vigilancia asumen como normal que los nativos digitales se relacionan en el ámbito digital, a veces sin limitaciones y sin terminar de vislumbrar los riesgos que corren»³⁸.

Las administraciones públicas se comprometen a crear una línea de ayuda sobre el uso seguro y responsable de Internet para los niños, niñas y adolescentes, para las familias, para el personal educador y cualquier otro profesional que trabaje habitualmente con personas menores de edad, para ofrecer asistencia y asesoramiento ante situaciones potenciales de riesgo y emergencia de las personas menores de edad en Internet³⁹ y, deberán adoptar medidas con la finalidad de incentivar la responsabilidad social de las empresas en materia de uso seguro y responsable de Internet por la infancia y la adolescencia, asimismo fomentarán las administraciones públicas en colaboración con el sector privado que se tenga en cuenta la protección de los derechos de los menores de edad en el inicio y desarrollo de aplicaciones y servicios digitales⁴⁰. Dedicó el apartado 4 del artículo 45 una mención expresa a la prevención sobre los contenidos digitales sexuales y/o violentos que pueden influir y ser perjudiciales para la infancia y la adolescencia, como objetivo que ha de estar presente en las campañas institucionales, entendiendo que esta preocupación expresa del legislador se debe a que constituye una de las preocupaciones más habituales para las familias. Las cifras destacan que en España el primer visionado de contenido sexual y/o pornográfico por parte de los menores se realiza en torno a los 12 años, en algunos casos el acceso a este contenido es accidental, como resultado de la publicidad o de recibirlo involuntariamente mediante las redes sociales y en otros, la búsqueda es intencionada⁴¹. La sexualidad es inherente a todas las personas y las relaciones sexuales se mueven entre el escenario físico y el virtual, esto unido a los muchísimos cambios que se producen (sobre todo entre los 10 a los 18) en la etapa de transición a la edad adulta, permite afirmar que hay «tantas adolescencias como adolescentes⁴²». Es un periodo marcado por la búsqueda y construcción de una identidad propia, en el que el grupo de iguales es la referencia más importante

38. PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T. *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable*, op. cit., p. 95.

39. Artículo 45.2 LOPIAV.

40. Artículo 45.3 LOPIAV.

41. IS4K (Internet Segura ForKids), «Los menores y el acceso a contenido sexual en línea», 19 de julio de 2021, disponible en <https://www.is4k.es/blog/los-menores-y-el-acceso-contenido-sexual-en-linea>, [última consulta 12-1-2022).

42. LINARES BAHILLO, E., *El Iceberg digital machista: Análisis, prevención e intervención de las realidades machistas digitales que se reproducen entre la adolescencia de la CAE*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2019.

en reemplazo de la familia, que era el eje central en la etapa anterior, la niñez⁴³. El entorno digital caracterizado por la interconexión, rapidez e inmediatez y muchas veces el anonimato, junto a la curiosidad y/o acceso involuntario⁴⁴ permiten la entrada a contenido sexual y/o pornográfico por parte de los menores debiéndonos preguntarnos ¿les afecta, ¿cuáles son las consecuencias? La mayor parte de los profesionales afirman la falta de capacidad de la adolescencia para ser crítica con la pornografía y para comprender que lo que ve es ficción. Esta cuestión se relaciona directamente con la necesidad de que las personas adolescentes tengan herramientas para interpretar los contenidos, siendo este el único sentido (a mi entender) que tiene la inclusión del citado apartado 4, pues los contenidos digitales sexuales y/o violentos ya se definían como violencia en el artículo 1.2 y su prevención efectiva, mediante información adecuada, con carácter general en el artículo 3 b) y, específico en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 45 LOPIAV.

Junto a las campañas de educación, sensibilización y difusión, el diagnóstico y control de contenidos del artículo 46 LOPIAV se configura como la estrategia complementaria para crear entornos digitales seguros. La obligación legal de comunicar –por persona física o jurídica– de forma inmediata a la autoridad competente⁴⁵, la existencia de contenidos disponibles en Internet que constituyan una forma violenta contra cualquier niño, niña o adolescente, especialmente exigible a las personas que por razón de su cargo, profesión y oficio o actividad tengan conocimiento de estos contenidos, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que precise la víctima, es una vía, pero no la única, para el diagnóstico y control de contenidos ya que las administraciones públicas deben realizar diagnósticos periódicos, sobre el uso de Internet entre los niños, niñas y adolescentes y las problemáticas de riesgo asociadas teniendo en cuenta los criterios de edad y género y las nuevas tendencias⁴⁶.

43. MARTÍNEZ BENLLOCH, I., BONILLA CAMPOS, A., GÓMEZ SÁNCHEZ, L., BAYOT, A., «Identidad de género y afectividad en la adolescencia: asimetrías relacionales y violencia simbólica», *Anuario de Psicología*, vol. 39, n.º 1, Universidad de Barcelona, 2008, pp. 109-118.

44. SAVE THE CHILDREN, Informe (Des)Información sexual: Pornografía y Adolescencia, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Informe_Desinformacion_sexual-Pornografia_y_adolescencia.pdf, pp. 23 y 24, [última consulta: 14-1-2022].

45. Si los hechos pudieran ser constitutivos de delito se ha de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, artículo 15 LOPIAV y si se advierte una posible infracción de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad, se deberá comunicar de manera inmediata a la Agencia Española de Protección de Datos, artículo 16.3 LOPIAV.

46. Artículo 46.1 LOPIAV.

Deben las administraciones públicas fomentar la colaboración con el sector privado, con la finalidad de crear entornos digitales seguros, clasificar por edades y realizar un etiquetado inteligente de los contenidos digitales para que los conozcan y entiendan los niños, niñas y adolescentes y permita apoyar la evaluación y selección de contenidos a los progenitores o a los que ejerzan algún sistema de protección de menores. Se debe fomentar la implementación y el uso de mecanismos de control parental y de denuncia y bloqueo. Trabajar para conseguir que en los envases de los instrumentos de las nuevas tecnologías figure un aviso en el que se advierta de la necesidad de un uso responsable para prevenir conductas adictivas específicas, muy comunes en la actualidad⁴⁷.

Las administraciones públicas, el sector privado y el tercer sector han de fomentar los contenidos positivos en línea e impulsar códigos de autorregulación y corregulación para el uso seguro y responsable en el desarrollo de productos y servicios destinados al público infantil y adolescente y, por supuesto, poner en marcha protocolos de verificación de edad para impedir que se acceda a contenido reservado para los mayores de edad⁴⁸.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN PERSONAL

Quizás nunca lo fue (ya no lo recuerdo) pero hoy ser menor no es fácil y especialmente ser adolescente. Es una etapa compleja, de cambios, de toma de decisiones y situaciones que experimentar y, sin embargo, demasiado pronto la olvidamos cuando nos convertimos en padres. Las redes sociales no escapan de todos los defectos de nuestra sociedad y, son un entorno propicio por sus características para vulnerar derechos.

La información y la educación son las mejores vías para un uso adecuado de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación. Educar en el uso seguro y responsable de la tecnología, sin prejuicios, sin miedo y con responsabilidad. La LOPIAV instaura un sistema basado en la prevención donde juegan un papel principal las campañas de sensibilización, las políticas de prevención y protocolos de actuación, así como programas de formación inicial y continuada destinada a los profesionales cuya actividad requiera estar en contacto habitual con niños, niñas y adolescentes. La Ley al enumerar sus fines utiliza los verbos garantizar, establecer, impulsar, reforzar, fortalecer, abordar, erradicar y proteger. Implica a las administraciones públicas de todos los niveles, al sector privado, al tercer sector, a los que ejercen la patria potestad o deben proteger

47. Artículo 46.2 y 4 LOPIAV.

48. Artículo 46.3 LOPIAV.

a los menores, al sistema educativo y a todos los profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad y todos con un mismo eje de conexión, los niños, niñas y adolescentes. No obstante, pese a todas las bondades de la Ley habrá que estar pendiente a cómo se desarrolla la misma debido a que, por un lado, se necesitan procedimientos sencillos a los que acceda fácilmente el menor y sus familiares y, con los que se salvaguarde sus derechos digitales y, por otro lado, diseñar políticas públicas adecuadas, así como vincular partidas presupuestarias para cumplir los compromisos adquiridos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I., «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, septiembre 2019.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de “leyes integrales”», *Cuadernos de Política Criminal, Sección Estudios Penales*, n.º 134, II Época, septiembre, 2022.
- GARCÍA HERRERA, V., «El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 20, octubre-diciembre, 2018.
- GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017.
- HERRÁN ORTIZ, A.I., «Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de protección de datos personales a debate», *REDS*, n.º 8, enero-julio, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, año 2021», Notas de Prensa, 15 de noviembre de 2021, https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf.
- IS4K (Internet Segura ForKids), «Los menores y el acceso a contenido sexual en línea», 19 de julio de 2021, disponible en <https://www.is4k.es/blog/los-menores-y-el-acceso-contenido-sexual-en-linea>.

- LINARES BAHILLO, E., *El Iceberg digital machista: Análisis, prevención e intervención de las realidades machistas digitales que se reproducen entre la adolescencia de la CAE*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2019.
- MARTÍNEZ BENLLOCH, I., BONILLA CAMPOS, A., GÓMEZ SÁNCHEZ, L., BAYOT, A., «Identidad de género y afectividad en la adolescencia: asimetrías relacionales y violencia simbólica», *Anuario de Psicología*, vol. 39, n.º 1, Universidad de Barcelona, 2008.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T., *Libertad de información y Derechos Fundamentales: un equilibrio inestable*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- PRENSKY, M., «Nativos e inmigrantes digitales», *Institución Educativa SEK*, [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf).
- SAVE THE CHILDREN, Informe (Des)Información sexual: Pornografía y Adolescencia, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Informe_Desinformacion_sexual-Pornografia_y_adolescencia.pdf.