

Derechos Humanos

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

Jorge Azagra Malo y Belén Adell Troncho

*Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría
Menéndez (Barcelona y Madrid)*

Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia

Este trabajo analiza algunas de las principales notas de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

PALABRAS CLAVE:

DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DEL NIÑO, LEY ORGÁNICA 8/2021, PROTECCIÓN A LA INFANCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

A first approach to Organic Law 8/2021, of June 4, on Comprehensive Protection of Children and Adolescents against Violence

This article addresses some of the key features of Basic Law 8/2021 of 4 June on protecting children and adolescents against violence.

KEY WORDS:

HUMAN RIGHTS, CHILDREN'S RIGHTS, ORGANIC LAW 8/2021, CHILD PROTECTION AGAINST VIOLENCE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-XI-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-XI-2021

Azagra Malo, Jorge; Adell Troncho, Belén (2021). Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 57, pp. 168-176 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ("**LO 8/2021**" o "**LOPIVI**", también conocida como *Ley Rhodes*), tras ser aprobada por una amplia mayoría tanto por el Pleno del Congreso —en concreto, obtuvo 268 votos a favor, 57 votos en contra y 16 abstenciones— como por el Senado, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 5 de junio de 2021. Entró en vigor, con carácter general, el 25 de junio de 2021 (como excepción: los artículos 5.3, 14.2, 14.3, 18, 35 y 48.1.b) y c) de la LOPIVI producen efectos a los seis meses de la entrada en vigor; y la modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias prevista en la disposición final decimocuarta de la LOPIVI produce efectos a partir del 1 de enero de 2022).

La LOPIVI es conocida como la *Ley Rhodes* en referencia al pianista James Rhodes, víctima de abusos durante su infancia y personalmente involucrado en la campaña para conseguir la aprobación de la LOPIVI. La ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030 en España, D.^a Ione Belarra, en la sesión plenaria núm. 91 del Congreso, celebrada el jueves 15 de abril de 2021, expresamente se refirió a la LOPIVI como *Ley Rhodes* destacando asimismo que: "*James (Rhodes) ha sido una pieza fundamental, un motor imprescindible para que hoy podamos estar aprobando esta ley. Quiero darte las gracias, James, por tu testimonio, darte las gracias por haber sido capaz de hacer una cosa muy difícil, que es convertir tu dolor en cambios que van a proteger a otros niños y niñas que sufren lo que tú sufriste*".

La protección de todos los niños, niñas y adolescentes ante cualquier tipo de violencia (física, psicológica, verbal e institucional) y en cualquier ámbito (entre otros, el familiar, social, educativo o institucional) es un deber básico de los poderes públicos (cfr. artículo 39 de la Constitución Española). Esta protección resulta imprescindible, además, para que los niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar del compendio de derechos que tienen reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990 (fecha a partir de la cual es exigible al Estado el cumplimiento efectivo de los derechos que se recogen en la Convención).

Cabe señalar que la LO 8/2021 se vio impulsada, en buena medida, por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible suscrita en 2015 por los jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de Naciones Unidas. En particular, la meta 16.2 de la Agenda 2030 fijó como objetivo "*poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las normas de violencia y tortura contra los niños*".

Por este motivo, el preámbulo de la LOPIVI comienza destacando, categóricamente, que "*la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos*" (cfr. párrafo 1.º del apartado I del preámbulo de la LOPIVI). Y esa lucha constituye, precisamente, el objetivo de la LOPIVI (cfr. párrafo 15.º del apartado I del preámbulo de la LOPIVI). En efecto, como se expone en su

artículo 1, esta ley busca *“garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (de cualesquiera menores de edad que se encuentren en España, sin importar su nacionalidad o su situación administrativa, así como de los nacionales españoles menores de edad en el exterior, ex artículo 2.1 de la LOPIVI) a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral”* (cfr. artículo 1.1 de la LOPIVI).

La LO 8/2021 se ha nutrido de la normativa internacional a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de abuso, maltrato o cualquier otro tipo de violencia. Todo ello, mediante sesenta artículos repartidos en seis títulos, nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales.

El Pleno del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 7 de octubre de 2021, acordó admitir a trámite un recurso de inconstitucionalidad —cuyo estudio excede del objeto de este artículo— contra los artículos 30 párrafo 2.º; 3 b); 26, apartados 2 y 3; 27; disposición final primera apartado 9, y disposición final segunda apdo. 1, de la LOPIVI; recurso pendiente de resolución a la fecha de la finalización de este trabajo.

La LOPIVI —se afirma en el preámbulo— *“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”* (cfr. último párrafo del apartado I del preámbulo de la LOPIVI). Este *“paso más allá con su carácter integral”*, por un lado, la convierte en una norma pionera en varios aspectos entre los países de nuestro entorno. Por otro, ha motivado que la LOPIVI tenga un impacto relevante en varias jurisdicciones. En concreto, la LOPIVI ha modificado, entre otras normas, el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley General Penitenciaria y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

En definitiva, la LOPIVI se presenta como una norma transversal que busca ofrecer una protección integral y efectiva al niño, niña o adolescente en todos los ámbitos que puedan afectar a su bienestar. Por este motivo, incluye tanto medidas que abarcan la sensibilización, prevención y detección precoz (cfr. Título III de la LOPIVI) como medidas punitivas (por ejemplo, extendiendo el tiempo de prescripción de ciertos delitos cometidos contra menores de edad, en tanto que el *dies a quo* se contará a partir de que la víctima haya cumplido los 35 años, ex apartado 10º de la disposición final sexta de la LOPIVI que modifica el Código Penal).

Este trabajo no pretende realizar un análisis exhaustivo de la LOPIVI, sino que tiene como objetivo realizar una primera aproximación a una norma clave para conseguir la protección integral y efectiva de los menores de edad y, en definitiva, para *“el sano desarrollo de nuestra sociedad”* (cfr. párrafo 11.º del apartado I del preámbulo de la LOPIVI). En consecuencia, en el epígrafe siguiente, se destacan tres de las notas características de la LOPIVI: **(i)** la importancia que otorga a la prevención como instrumento para erradicar toda forma de violencia en la infancia y en la adolescencia; **(ii)** la regulación de la formación especializada de los profesionales en contacto con menores

víctimas de violencia; y **(iii)** la especial atención que otorga a la situación de vulnerabilidad de la víctima y a la necesidad de evitar la victimización secundaria.

2. LOPIVI: prevención, especialización y especial atención a la vulnerabilidad

2.1. Prevención

La prevención es uno de los pilares de la LOPIVI. Se advierte desde el primer momento en el preámbulo cuando el legislador enfatiza que *"para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes [...] es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia"* (cfr. párrafo 1.º del apartado I del preámbulo de la LOPIVI). Se advierte nuevamente al constatar que más de la mitad de los artículos de la LOPIVI (en concreto, 31 artículos de 60) se incluyen en el título III relativo a la *"sensibilización, prevención y detección precoz"*.

El título III se divide, a su vez, en doce capítulos e incluye, por un lado, unos deberes generales para la Administración General del Estado y las Administraciones públicas competentes. Por otro lado, también contiene una regulación específica en función del ámbito en el que la violencia puede tener lugar: ámbito familiar, ámbito educativo, ámbito sanitario, ámbito de los servicios sociales, ámbito de las nuevas tecnologías y ámbito del deporte y ocio).

En lo que respecta a los deberes generales, cabe resaltar los siguientes:

- i. La Administración General del Estado tiene la obligación de desarrollar una estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, con especial incidencia en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 21 LOPIVI).
- ii. Las Administraciones públicas deben promover campañas de sensibilización *"destinadas a concienciar a la sociedad acerca del derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir un buen trato"* (artículo 22 LOPIVI).
- iii. Las Administraciones públicas competentes están obligadas a establecer planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, identificando grupos de riesgo y medidas de detección precoz (artículo 23 LOPIVI).
- iv. En relación con este punto, cabe destacar la creación del Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia, de conformidad con la disposición final decimoséptima de la LOPIVI. Este Consejo es un órgano permanente y estable de consulta, representación y de participación de las niñas, niños y adolescentes (artículo primero de la Orden) que, entre otras funciones, *"participar(á) en la elaboración, seguimiento y evaluación de la Es-*

trategia de Derechos de la Infancia y la Adolescencia y de sus Planes Operativos" (artículo segundo c de la Orden).

- v. Las Administraciones tienen la obligación impulsar medidas a fin de evitar la radicalización en los niños, niñas y adolescentes (artículo 24 LOPIVI), así como medidas de detección precoz de alguna situación de violencia sobre un menor (artículo 25 LOPIVI).

En lo que respecta a las particularidades en función del ámbito concreto, a modo de ejemplo, se señalan las siguientes:

- i. En el ámbito educativo, la LOPIVI establece que se deben desarrollar protocolos de actuación frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia (artículo 34 de la LO 8/2021). Además, la norma prevé la creación de un coordinador de bienestar y protección en todos los centros educativos y que se garantizará el aprendizaje responsable y respetuoso de los medios digitales (artículo 35 de la LO 8/2021). En los centros de educación superior, se promueve la formación, docencia e investigación en derechos de la infancia y adolescencia (artículo 36 de la LO 8/2021).
- ii. En el ámbito sanitario, destaca la creación de una comisión frente a la violencia en la infancia y la adolescencia, que será la encargada de elaborar un protocolo común de actuación sanitaria con especial atención a la salud mental (artículo 39 de la LO 8/2021).
- iii. En el ámbito de los servicios sociales, la LOPIVI regula que el personal funcionario que desarrolla su actividad profesional en los servicios sociales, en el ejercicio de sus funciones relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes, tiene la condición de agente de la autoridad (artículo 41 de la LO 8/2021).

2.2. Especialización

La especialización de los distintos profesionales que están en contacto con el/la menor de edad víctima de violencia es otro de los pilares de la LOPIVI, y no solo en relación con los profesionales en concreto (entre otros, médicos, educadores o abogados), sino también en relación con los juzgados y tribunales. Por este motivo, la norma incorpora, en su disposición final vigésima, *"un mandato al Gobierno para la elaboración de dos proyectos de ley con el fin de establecer la especialización de la jurisdicción penal y civil, así como del Ministerio Fiscal"* (cfr. párrafo 72.º del apartado II del preámbulo de la LOPIVI) y la creación de unos nuevos juzgados especializados bajo el nombre de *"Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia"*. El Gobierno tiene un plazo de un año desde la entrada en vigor de la LOPIVI (es decir, hasta junio de 2022) para remitir a las Cortes Generales ambos proyectos de ley.

Si la especialización prevista en la disposición final vigésima de la LOPIVI se materializa, España será un país pionero en la creación de juzgados especializados en violencia contra la infancia y la adolescencia. En concreto, según la información analizada a la fecha de finalización de este trabajo en octubre de 2021, en muchos países de nuestro entorno —como ocurre en España—, exis-

ten juzgados especializados en delitos cometidos por menores, pero no se dispone de juzgados especializados en delitos cometidos contra menores. Así ocurre, por ejemplo, en Italia, Francia, Alemania o Irlanda del Norte.

En efecto, ninguno de los países referidos en el párrafo anterior tiene en la actualidad juzgados especializados en violencia contra la infancia y la adolescencia con competencia específica para conocer de los delitos cometidos contra menores. Además, estos países tampoco disponen de una suerte de "*jurisdicción de la infancia*", es decir, juzgados y tribunales con competencias materiales para conocer de todos los asuntos que puedan afectar a niño, niña o adolescente víctima de violencia (en materia civil —*i.e.*, sobre la guarda y custodia— o en materia penal —*i.e.*, para conocer de los abusos que puede estar sufriendo—), garantizando con los mismos la atención y protección integral de la infancia y adolescencia, a la par que la efectividad de la tutela judicial.

Cabe puntualizar que la norma de reparto en Alemania (el equivalente *mutatis mutandis* a la Ley Orgánica del Poder Judicial) reconoce expresamente la competencia del juzgado de menores en relación con los delitos en los que la víctima es un menor (cfr. §26 *Das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz*). Sin embargo, según se ha podido conocer tras consultar con el juez de familia alemán D. Eckehard Schweppe (a quien los autores quieren agradecer sus comentarios), esta habilitación legal no se ha traducido hasta la fecha en una verdadera especialización de los juzgados. Los autores agradecen también las observaciones y comentarios que durante la realización de este trabajo ha realizado la Dra. Almudena González García.

En este punto debe destacarse que, si bien la LOPIVI apuesta por la "*integralidad*" como herramienta decisiva para garantizar la íntegra protección al menor, no prevé la creación de una "*jurisdicción de la infancia*", sino la creación de juzgados especializados en violencia contra la infancia y la adolescencia. Esta diferencia no es baladí y será objeto de análisis específico en un artículo monográfico sobre los juzgados especializados previstos en la LOPIVI.

En cualquier caso, se avanza que será necesaria una suficiente dotación de recursos (materiales y humanos), que el reparto competencial se regule de forma precisa y que las administraciones involucradas cooperen de forma eficaz entre ellas.

Del mismo modo, la adecuada formación de los jueces así como de todos los operadores jurídicos que trabajan con niños, niñas y adolescentes será decisivo para el buen funcionamiento de estos juzgados especializados.

En este sentido, cabe señalar que el Consejo General del Poder Judicial, en el informe del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia (el "**Anteproyecto**"), sostiene que si bien el Anteproyecto cumple, en parte, con lo dispuesto en la referida disposición final vigésima de la LOPIVI que prevé que se lleven a cabo "*las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad*" (cfr. segundo párrafo del apartado 1.a) de la disposición final vigésima de la LOPIVI) mediante la creación de secciones de Familia, dicho texto carece de una regulación sobre la "*especial formación y capacitación de los jueces y magistrados que hayan de servir en estos órganos judiciales*":

3. Atención a la vulnerabilidad y necesidad de evitar la victimización secundaria

La LOPIVI pone de relieve la importancia de evitar la victimización secundaria del menor, atendiendo a su especial situación de vulnerabilidad. La denominada victimización secundaria se refiere a los efectos negativos que puede dejar en la víctima un proceso judicial. Ocurre, por ejemplo, cuando el menor tiene que revivir una y otra vez durante las distintas fases del proceso judicial el suceso que ha padecido (por ejemplo, relacionado con delitos de violencia de género, maltrato o contra la indemnidad sexual).

Para evitar esta situación, una de las novedades más destacadas de la LOPIVI es la modificación de la figura de la prueba preconstituída en relación con la declaración del menor o persona con discapacidad. En concreto, la norma introduce un nuevo artículo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal —el artículo 449 *ter*— que, como se destaca en el preámbulo de la LOPIVI, *“convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituída en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables”* (cfr. párrafo 40.^o del apartado II del preámbulo de la LOPIVI).

En síntesis, mediante la LOPIVI el legislador reconfigura la declaración del menor en el proceso penal atendiendo a los siguientes parámetros:

- i. Edad: menor de 14 años. En este punto, cabe señalar que en derecho comparado resulta frecuente que la prueba preconstituída se permita para cualquier menor de edad (esto es, normalmente, menor de 18 años) y no solo para los menores de 14 de años. Así sucede, por ejemplo, en Italia (cfr. artículos 392 y siguientes del *Codice di Procedura Penale*), Francia (cfr. artículo 706-52 del *Code de procédure pénale*), Alemania (cfr. §§ 58 a), 247 a) y 255 a) del *Strafprozeßordnung*) o Irlanda del Norte (cfr. *The Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1999*).
- ii. Obligatoriedad: la LOPIVI establece que se practicará *“en todo caso”*, si bien el propio legislador prevé excepciones (cfr. artículo 703 bis III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; precepto introducido por la LOPIVI). A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones (por ejemplo, en Italia o en Alemania) en las que la prueba preconstituída es una posibilidad, en España resulta obligatoria. En términos similares, la grabación de la declaración del menor en Francia también resulta obligatoria (cfr. Artículo 706-52 del *Code de procédure pénale*).
- iii. Límite objetivo: solo para determinados delitos. La grabación audiovisual del menor para su posterior reproducción en el juicio se prevé para aquellos casos en los que el menor ha sido víctima de un delito grave (por ejemplo, maltrato, abuso o lesiones), que es donde la victimización secundaria está más presente.

- iv. Principio de contradicción e igualdad de armas: la LOPIVI pone énfasis en el respeto a las garantías del proceso y del procesado. A modo de ejemplo, de nada serviría que se grabara la declaración del menor para su posterior reproducción si esta prueba, después, se declara nula porque no se han respetado los derechos del acusado.
- v. Práctica de la audiencia del menor: se apuesta por la introducción en España de métodos inspirados en el modelo *Barnahus* o las Salas *Gesell*. En concreto, el nuevo artículo 449 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducido por la LOPIVI establece que “[...] *la autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor. Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico [...]*”.

Para más información sobre el modelo *Barnahus*, se puede consultar el siguiente enlace: <https://www.barnahus.eu/en/>. En España, la primera *Barnahus* se abrió en Tarragona en 2020.

Para más información sobre sobre las Salas *Gesell*, se puede consultar a Sempere Faus, S., *La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara gesell en la reducción de la victimización secundaria*, en *Revista General de Derecho Procesal* 48 (2019).

4. Conclusiones

La LOPIVI, dando cumplimiento al principio del interés superior del menor, tiene como objetivo garantizar el derecho de todo niño, niña o adolescente a vivir libre de cualquier forma de violencia. Y lo hace en un sentido amplio. Primero, porque se refiere a cualquier ámbito que pueda afectar al menor (familiar, social, educativo o institucional). Segundo, porque introduce medidas que van desde la prevención hasta las puramente punitivas. En particular, apuesta por la prevención y la formación especializada de los profesionales como instrumentos esenciales para luchar contra la violencia en la infancia.

Es una norma ambiciosa y, en ciertos aspectos, pionera en Europa, sobre todo en lo relacionado con la creación de unos juzgados especializados en violencia contra la infancia y la adolescencia.

La protección de los niños, niñas y adolescentes es un deber de todos los poderes públicos, una exigencia internacional y un compromiso de la ciudadanía. Sin duda alguna, la LOPIVI supone un avance en la lucha contra la violencia contra menores de edad. Ahora toca esperar a ver cómo se lleva a cabo su implementación.