



**Trabajo Fin de Grado**

# **El menor-víctima vulnerable: Su protección en el ámbito Europeo**

*Presentado por:*

**Maria Del Mar Casañ Delgado-Iribarren**

*Tutor/a:*

**Andrea Planchadell Gargallo**

**Grado en Derecho**

**Curso académico 2016/17**



## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	5
I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	7
1. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI .....	7
II. VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES .....	10
1. Características comunes al colectivo .....	10
III. LOS MENORES COMO VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES .....	13
1. Antecedentes en protección de menores .....	13
2. Los instrumentos europeos de protección al menor .....	20
3. Problemática concreta en ámbito de menores .....	23
3.1. Protección de menores en situación de riesgo y desamparo.....	23
3.2. Menor como víctima de conflicto parental .....	31
3.3. Supuesto de sustracción parental transfronteriza .....	36
CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47
RESUMEN EN INGLÉS .....	49



## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, se ha tratado de proteger a las víctimas de manera homogénea, sin embargo, con el paso del tiempo se ha ido consolidando la idea de que existen personas, que al ser víctimas, poseen un riesgo más elevado de victimización secundaria o represalias. Estas víctimas son tratadas de manera especial, ya sea por sus características personales o por los efectos del propio delito.

Este trabajo trata de analizar quiénes son las víctimas especialmente vulnerables, qué mecanismos de protección especiales poseen y en especial, se hace referencia a la figura del menor como víctima, y todo ello, por la influencia que tiene en los ordenamientos internos, desde una perspectiva europea.

En el primer capítulo, más bien introductorio, se hace una explicación de los derechos de las víctimas en general, desde el punto de vista europeo. Así bien, se describen los aspectos más importantes de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo comparándola con la ya derogada Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI.

El segundo capítulo pretende hacer una explicación, a grandes rasgos, de aquello que se entiende por víctima especialmente vulnerable. Precisamente, la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo realiza una mención expresa a este tipo de víctimas, se hace referencia a las distintas categorías y a las medidas específicas de protección.

Por último, el tercer capítulo trata de analizar las situaciones en las que se encuentran los menores cuando éstos son víctimas. Se realiza una introducción haciendo referencia a los antecedentes históricos en materia de menores, se hace alusión a las medidas concretas dispuestas en el artículo 24 de la Directiva 2012/29, se menciona, además, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, puesto que hace referencia a los menores, y se comenta la Directiva 2010/0064, del

Parlamento Europeo y Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

A continuación, nos adentramos en materia más específica en ámbito de menores. Así pues, se realiza una descripción sobre aquello que debe entenderse por riesgo y desamparo, haciéndose, además, especial referencia al acogimiento familiar y residencial.

Dentro de ese capítulo, además, se trata el supuesto de “*menor como víctima de conflicto parental*” y la sustracción transfronteriza de menores, temas que pueden incidir directamente sobre el desarrollo de la personalidad del menor.

En el análisis del conflicto parental se realiza una distinción entre el estándar y el persistente, que es el más grave, y se comentan las medidas que el juez puede tomar en atención a la seguridad del menor y teniendo en cuenta las características del caso concreto.

En la sustracción transfronteriza de menores se hace referencia a los traslados ilícitos a otros países que realiza uno de los dos progenitores en el ámbito de un conflicto parental. Se trata de un fenómeno mundial y es por ello que deben buscarse medidas de prevención y de actuación, se comenta el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental; y a nivel nacional, se hace referencia a la reforma de la LEC de 2015.

Por último, si bien es cierto que el trabajo, en gran medida, se centra en normativa europea, es necesario referirse a la legislación española en algunos aspectos con el fin de identificar de qué manera el Estado adapta su ordenamiento jurídico a ellas.

## I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

### 1. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI

La Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta Directiva ha venido a sustituir a la Decisión Marco 2001/220/JAI del 15 de marzo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Como se afirma en el párrafo 65 de la Exposición de Motivos de la Directiva de 2012, su objeto es: *“modificar y ampliar las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI. Como las modificaciones que se desea introducir son sustanciales en número y naturaleza, por motivos de claridad deberá sustituirse dicha Decisión marco en su totalidad”*. Por tanto, debe quedar claro que la Decisión Marco no se encuentra en vigor.

El objetivo de la Directiva, que se encuentra en su Considerando 4, es dar un paso más en la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión Europea, complementando y revisando los principios establecidos en la Decisión Marco de 2001, pues este texto era poco preciso en su formulación y carecía de la definición exacta de derechos y medidas de protección; no obstante, las referencias a la Decisión Marco son obligadas en el análisis de la Directiva.

Los derechos que reconocía la Decisión Marco de 2001 y que han servido de base para desarrollar la Directiva de 2012 se centran, sobretodo, en el derecho a la información, el acceso a la justicia y participación, la protección, la reparación y la asistencia a las víctimas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> TAMARIT SUMALIA, J., Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.36.

Concretamente, el artículo 4 de la Decisión Marco regulaba el derecho de las víctimas a recibir información y obligaba a los Estados miembros a garantizar que la víctima tuviera acceso “*en particular, desde el primer contacto con las autoridades policiales*” a toda clase de información con el fin de proteger sus intereses. A continuación, se formulaban aquellos extremos que debían incluirse en dicha información: formas de presentar la denuncia, servicios de apoyo que podía recibir la víctima, el modo y las condiciones para la obtención de medidas de protección, las condiciones en que se podía acceder al asesoramiento jurídico o asistencia jurídica gratuita, los requisitos para tener derecho a una indemnización y la información necesaria en cuanto a los mecanismos especiales de defensa de sus derechos en el caso de que la víctima residiera en otro Estado. En el apartado 2 del mismo artículo se declaraba que los Estados miembros debían garantizar que la víctima fuera informada, cuando así lo solicitase, del curso de su denuncia y de la sentencia del tribunal. La víctima también podía optar por no ser informada, como se desprende del apartado 4.

La Directiva, por su parte, especifica más estos aspectos en su artículo 4, titulado “*derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente*”, el derecho a recibir información sobre su causa se concreta en un artículo diferente, el 6, a grandes rasgos determina el derecho de la víctima a ser informado “*sin retrasos innecesarios*” de la situación en la que se encuentra el proceso penal, además de la hora, el lugar del juicio y de cualquier sentencia firme.

En lo que respecta a la protección de las víctimas, así como de sus familiares o allegados, el referente es el artículo 8 de la Decisión Marco, el precepto preveía que los Estados miembros debían garantizar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias en el curso del proceso con el fin de proteger la intimidad y la imagen de las víctimas, de sus familiares o de personas allegadas. Se establecía, salvo que el proceso penal lo requiriese, que existiera separación entre la víctima y el agresor en las dependencias judiciales, allí se establecían salas especiales o reservadas para que las víctimas, sobre todo las especialmente vulnerables, pudiesen declarar de



manera aislada y por tanto que las consecuencias perjudiciales que pudieran existir de hacerlo en audiencia pública se vieran reducidas<sup>2</sup>.

Estos derechos se refuerzan con la Directiva, el art.19 declara el *“derecho a evitar el contacto entre víctima y agresor”*, se menciona también a los familiares. La directiva da un paso más y establece en un artículo diferente, el 21, la protección de la intimidad, tanto de las víctimas como de sus familiares, durante el proceso penal.

En lo referente al acceso a la justicia y atendiendo a los derechos y garantías de las víctimas en el caso de que ésta fuera residente en otro Estado miembro<sup>3</sup>, el artículo 11 de la Decisión Marco determinaba que *“Los Estados miembros velarán por que la víctima de una infracción cometida en un Estado miembro distinto de aquél en el que reside pueda presentar la denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia”* todo ello condicionado a que no hubiese podido hacerlo en el territorio en el cual se cometió dicha infracción o que hubiese optado por no hacerlo cuando se tratase de una infracción grave. La autoridad ante la cual se hubiese presentado la denuncia debía, dentro del ámbito de su competencia, transmitirla a la autoridad competente del territorio donde se hubiera cometido el ilícito y dicha denuncia se tramitaría con arreglo a las leyes internas de este último.

Es en el art.17 de la Directiva, titulado *“derecho de las víctimas residentes en otro Estado miembro”*, donde se concretan los derechos de la víctima a poder presentar la denuncia en un Estado miembro diferente al lugar en el cual se ha cometido la infracción penal. La Directiva viene a decir lo mismo que la Decisión Marco, tal vez de forma más específica.

En cuanto a la reparación, el art.16 de la Directiva establece el derecho de las víctimas *“a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del*

---

<sup>2</sup> DE HOYOS SANCHO, M., Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.52.

<sup>3</sup> DE HOYOS SANCHO, M., Garantías y derechos de las víctimas..., cit., p.52.

*infractor en el curso del proceso penal*” se pretende que el autor de los hechos indemnice adecuadamente a la víctima, la Decisión Marco establecía este derecho en el art.9.

Por último, en relación a la asistencia de las víctimas, la Decisión Marco hacía referencia a ella en su art.13, por su parte, la Directiva establece en el art.8 el *“derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas”*, a continuación, el art. 9 especifica los tipos de apoyo y asesoramiento que los Estados miembro deben garantizar.

## **II. VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES**

### **1. Características comunes al colectivo**

En el transcurso del proceso penal pueden aparecer víctimas que van a ser consideradas especialmente vulnerables en atención al riesgo a que puedan sufrir consecuencias negativas por parte del infractor o por el propio sistema. Conscientes de esta realidad, a estas víctimas se les ha querido otorgar una protección especial.

Como se desprende del Considerando 57 de la Directiva 2012/29/UE *“Las víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito”* son más proclives a padecer victimización secundaria o reiterada, represalias o intimidación, la vulnerabilidad de tales víctimas deberá comprobarse a partir de una evaluación individual a cada una de ellas. El Capítulo 4 de la Directiva 2012/29/UE hace un reconocimiento expreso a las víctimas con necesidad de protección especial.

De acuerdo con PILAR MARTÍN RÍOS, es lógico que existan víctimas que tiendan a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria a causa de

sus especiales características y circunstancias. Atendiendo a cada particular contexto histórico, las categorías de víctimas especialmente vulnerables pueden variar y es por ello que considerará que los individuos que se integren en estas categorías así lo hagan, bien porque sus características personales los hagan más propensos a su victimización o bien porque se les pongan más trabas a la hora de acceder a las redes de apoyo y asistencia. En este sentido, también se incluyen en esta categoría a las víctimas de delitos especialmente graves, atendiendo así a la naturaleza del delito y a su especial gravedad<sup>4</sup>.

Para llegar a la conclusión de que una víctima necesita protección especial, como se ha adelantado, es necesario realizar una evaluación individual de la misma.

Aquellos factores que se van a tener en cuenta después de analizar los resultados obtenidos de las evaluaciones a la víctima en relación al hecho delictivo, son: sexo e identidad de género, edad, etnia, religión, orientación sexual, discapacidad, estado de salud, dificultades de comunicación, relación con el presunto autor del delito, experiencia previa de delitos de terrorismo o crimen organizado y si la víctima es extranjera. MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO considera que además de esta *“descripción general de la que debe ser considerada víctima especialmente vulnerable”*, es necesario plantearse un supuesto concreto que aparece destacado en *“Las Reglas de Brasilia”*<sup>5</sup> o en las *“Guías de Santiago”*<sup>6</sup> pero que no se encuentra en la Directiva 2012/29/UE, se trata de los supuestos en los que la vulnerabilidad de la víctima, a causa de sus circunstancias personales o los efectos del delito, la hace incluso incapaz de denunciar los hechos que ha sufrido por no encontrarse en condiciones de hacerlo, lo que supone un

---

<sup>4</sup> MARTÍN RÍOS, P., Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal, Atelier, Barcelona, 2012, p.446-449.

<sup>5</sup> *“La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia”*. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia 2008.

<sup>6</sup> *Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*, documento aprobado en la XVI Asamblea General de la asociación ibero americana de Ministerios Públicos, República Dominicana, 9 y 10 de julio, 2008.

obstáculo para poder acceder a la Administración de Justicia y con ello a una tutela judicial efectiva<sup>7</sup>.

En lo que respecta a las medidas de protección que se van a ofrecer a las víctimas consideradas especialmente vulnerables, éstas deben ser adecuadas a los resultados derivados de la evaluación individual efectuada y siempre en atención a los deseos de la víctima. Un factor esencial para determinar las medidas específicas durante las actuaciones judiciales es que la víctima haya expresado miedo o inquietud en relación al hecho delictivo<sup>8</sup>.

Las medidas concretas de protección se encuentran en el artículo 23 y 24 de la Directiva 2012/29/UE. El artículo 23 se refiere a las víctimas especialmente vulnerables como "*víctimas con necesidades especiales de protección*". En primer lugar, se les tomará declaración en dependencias adaptadas, realizándose por un profesional que posea formación adecuada a tal efecto y siempre el mismo para cada víctima. La singularidad de las tomas de declaración a las víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales es que deben ser realizadas por personas del mismo sexo que la víctima, a menos que sean realizadas por un juez o un fiscal y siempre en atención a los deseos de la víctima. Por último, el apartado 3 del mismo artículo hace referencia a las medidas "*durante el proceso ante los tribunales*", son aquellas encaminadas a evitar contacto visual entre el acusado y la víctima a lo largo del proceso, incluida la práctica de la prueba y utilizando medios adecuados incluso tecnologías para la comunicación, también se prevén medidas para garantizar a la víctima que puede ser oída sin estar presente en la sala de audiencia utilizando, igualmente en este caso, tecnologías de la comunicación, además se van a establecer una serie de medidas dirigidas a que no se formulen preguntas que resulten innecesarias para el curso del proceso, como aquellas que tengan relación con la vida personal de la

---

<sup>7</sup> DE HOYOS SANCHO, M., Garantías y derechos de las víctimas..., cit., p.60-61.

<sup>8</sup> Considerando 58, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

víctima y no con la infracción penal que se está enjuiciando. Finalmente y en relación a las medidas concretas, es importante mencionar que están previstas determinadas medidas para que se permita la celebración de la audiencia a puerta cerrada, esto es, sin presencia de público.

Por otra parte, las medidas mencionadas en el artículo 24 de la misma Directiva van dirigidas a los menores de edad, éstos además de beneficiarse de las medidas del artículo 23 generales para las víctimas necesitadas de protección, tienen una protección específica que explicaremos en otra pieza del trabajo de forma más exhaustiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito transpone aquello que figura en la Directiva, así pues, se establecen los derechos, entre otros, de: información, acceso a los servicios de asistencia y apoyo, participación activa en el proceso penal y protección de las víctimas.

### **III. LOS MENORES COMO VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES**

#### **1. Antecedentes en protección de menores**

Para conocer y entender de qué modo se garantiza la protección de los menores en la actualidad, debemos remontarnos unos años atrás en el tiempo, puesto que fue durante el XX cuando empezaron a desarrollarse instrumentos jurídicos internacionales con el objetivo de esclarecer el término “*infancia*” y encaminados a determinar las necesidades especiales de protección de los niños. En un primer momento estos instrumentos eran declarativos, más adelante fueron vinculantes.

La pieza clave de esta evolución fue la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que trata específicamente la

garantía, el reconocimiento y la protección de los derechos de la infancia. La Convención es aplicable, en virtud del artículo 1, a *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

JORGE CARDONA LLORENS considera que mediante la creación de esta Convención sobre los Derechos del Niño se pretende reflejar, por fin, *“el cambio de paradigma respecto del niño para que dejara de ser considerado un objeto de protección y fuera considerado un sujeto de derecho, un ciudadano pleno con sus derechos y obligaciones”*<sup>9</sup>.

Antes de continuar explicando el texto de la Convención de 1989, debemos analizar brevemente sus antecedentes, empezando por la Declaración de Ginebra de 1924. Esta Declaración fue aprobada de forma unánime por la Liga de las Naciones<sup>10</sup> y se considera el primer cuerpo jurídico Internacional que se centra específicamente en la protección de los niños y su reconocimiento jurídico. La protección de la infancia aparece como prioridad absoluta, pero en forma de deberes y no de derechos directamente, unos deberes dirigidos a la humanidad para el apoyo de los niños, unos mandatos escritos de forma breve y sintética que debían cumplir todos los hombres y las mujeres del mundo. En 1934, los Estados pertenecientes a la Liga de las Naciones se comprometieron a incorporar los principios de la Declaración en sus leyes estatales.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo Internacional de los Derechos del niño comienza un nuevo ciclo, marcado por la constitución de la Organización de Naciones Unidas y con ella la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Aun siendo la Declaración de carácter general, esto es, sin especificar ningún grupo de personas, en el artículo 25.2 se hace referencia, entre otros aspectos, a que todos los niños sean matrimoniales o no tienen derecho a protección social.

---

<sup>9</sup> CARDONA LLORENS, J., Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia, Thomson Aranzadi, 2016, p. 41.

<sup>10</sup> La Liga de las Naciones fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919.

Ya en 1945, la Organización Internacional del Trabajo aprobó la Carta de los Niños, la cual trataba de limitar el trabajo infantil y establecía que los jóvenes trabajadores tenían la misma libertad que un adulto para unirse a un sindicato. Con esta Carta se pretendía *“la promoción del desarrollo físico, moral e intelectual de los niños y jóvenes”*.

Fue en este contexto cuando las Naciones Unidas se propusieron validar la Declaración de Ginebra de 1924, pero finalmente se acordó diseñar un texto nuevo, más amplio y esclarecido, que contemplaría tanto deberes como derechos humanos. Este texto fue la *“Declaración Universal de Derechos del Niño”* y fue aprobado el 20 de noviembre de 1959, estructurándose en diez principios.

A pesar de que la Declaración profundizó en la regulación jurídica de los derechos de la infancia en comparación a los anteriores textos, no fue ajena a críticas. Según MIGUEL CILLERO BRUÑOL, *“la estructuración de sus normas en diez principios tiende a oscurecer su carácter normativo y a restarle valor jurídico y contundencia a sus disposiciones”*, por lo que considera que habría sido mejor no titular principios a sus normas, aunque se tratara de un texto declarativo y no vinculante para los Estados<sup>11</sup>.

Por otra parte, la Declaración también recibió críticas en cuanto a que no se reconocía a los niños como sujetos para ejercer sus propios derechos y que prevalecía la protección sobre la *“titularidad de derechos de los niños”*.

Es importante destacar, dejando a un lado las críticas, que fue en esta declaración de 1959 donde se menciona en dos ocasiones el interés superior del niño, elemento que se introdujo por primera vez a nivel internacional y que daría lugar a uno de los fundamentos relacionados con el derecho de la infancia.

---

<sup>11</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.91.

Durante el periodo siguiente, se planteó la necesidad de crear un nuevo texto internacional sobre los derechos de los niños más específico y de carácter vinculante. El año 1979 se consideró el Año Internacional del Niño, a raíz de un acuerdo adoptado por la Asamblea General en 1976 y se tomó la decisión de esperar hasta que transcurriese el año para debatir<sup>12</sup>.

Fue a finales del año 1979 cuando se presentó una propuesta revisada con ciertas novedades importantes. El proceso de redacción de esta Convención duró más de una década, se crea, por un parte, un grupo de Estados y por otra, un grupo de organizaciones internacionales no gubernamentales. El propósito era crear un texto de carácter internacional y alternativo al de 1959 declarando las libertades, los derechos y los deberes de protección los niños.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, que como hemos mencionado anteriormente se aprueba el 20 de noviembre de 1989, *“logró en tiempo récord<sup>13</sup>”* la ratificación de suficientes países del mundo para que entrara en vigor el 2 de septiembre de 1990, a día de hoy Estados Unidos es el único país que no la ha ratificado<sup>14</sup>.

De acuerdo con ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ, el texto *“se estructura en tres grandes bloques: el Preámbulo, que esboza los principios básicos fundamentales; el articulado, que define las obligaciones de los Estados Partes; y, por último, las disposiciones de ejecución, que establecen, además de las condiciones para su entrada en vigor, la forma de verificarse y promoverse el cumplimiento de la Convención<sup>15</sup>”*.

En cuanto a su contenido, la Convención define, por primera vez, *“menor”* como toda persona hasta los dieciocho años. Finalmente, se constituye

---

<sup>12</sup> COTS I MONER, J., El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España, Bosch, 2006, p. 23-36.

<sup>13</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.93.

<sup>14</sup> Para el seguimiento de las ratificaciones actualizado: web de la oficina del alto comisionado, <http://indicators.ohchr.org/>

<sup>15</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I., El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España...cit., p. 49.



jurídicamente a los menores como sujetos de pleno derecho, distanciando el concepto de *“niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado”*<sup>16</sup>. La CDN, como sigue explicando CILLERO BRUÑOL, *“se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición...apocada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores”*.

Los Principios estructurales de la convención, es decir, aquellos que forman el armazón jurídico del texto y que pretenden convertirse en los valores jurídicos que la CDN implante en el Derecho internacional, son la igualdad, el interés superior, la autonomía y la protección efectiva del desarrollo<sup>17</sup>.

A continuación, comentaremos cada uno de estos principios haciendo hincapié en los aspectos más relevantes de cada uno de ellos. En primer lugar, el principio del interés superior del menor ya había aparecido anteriormente en la Declaración de 1959, pero se dirigía al legislador y a los padres solamente, en la CDN *“la norma está destinada a regular y orientar las actuaciones de todos los poderes públicos e instituciones privadas de bienestar social en relación a los niños”*. Es el artículo 3.1 de la Convención en el que se expresa la cláusula de interés superior del menor relacionado con todas las medidas y decisiones que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos<sup>18</sup>.

El concepto de interés superior aparece a lo largo del texto en distintos artículos como base a tener en cuenta a la hora de resolver determinados conflictos, el mismo va a funcionar como preocupación principal. Los artículos 9.1, 9.3 y 18.1 tratan los derechos del niño en el ámbito familiar o de la crianza, el derecho del niño a no ser separado de sus padres y a tener contacto con ambos en el caso de que sí lo esté. Como hemos afirmado, en

---

<sup>16</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.96.

<sup>17</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.100.

<sup>18</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.109.

esos casos los Estados Parte van a proporcionar al menor una adecuada gestión de sus intereses, atendiendo, de forma esencial al interés superior del niño. También en los artículos 20.1, 37.c) y 40.2. iii) se trata la asistencia y protección especial que recibirá el menor en el caso de que se encuentre privado temporal o permanentemente de su medio familiar, o cuyo interés exija que no permanezca en ese medio; el derecho a ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, en el caso de que el niño se encuentre privado de libertad, en particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño; el derecho a que, en la causa penal, la audiencia se realice conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño. Por último, en relación al interés superior es necesario hacer referencia a la adopción, puesto que la CDN tiene un artículo específico, el 21 y expresa lo siguiente: *“Los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”*<sup>19</sup>.

El principio estructural de autonomía se encuentra estrechamente vinculado al del interés superior del niño y no se presenta de forma expresa en la Convención sino que, para entenderlo, debe estarse a diversas disposiciones del texto. En primer lugar, es necesario referirse al artículo 5, del cual se desprende que se respetarán las responsabilidades parentelas *“según establezca la costumbre local”*, pero siempre en consonancia con el desarrollo positivo del menor y en la dirección apropiada para que el niño ejerza sus derechos descritos en la misma Convención. En relación con este artículo, encontramos el 12.1 el cual reconoce el derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, *“en función de la edad y madurez del niño”*<sup>20</sup>. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE explica que *“tener en cuenta”* significa que la opinión del menor va a tener un *“peso especial”* a la hora de resolver el asunto, en el sentido de que, si existen

---

<sup>19</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., pp.109-110.

<sup>20</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.117.

varias alternativas de resolución, la tendencia será elegir aquella que el menor haya propuesto, *“mayor peso tendrá la opinión, hasta adquirir un carácter casi decisivo, dependiendo de la edad y madurez del niño”*<sup>21</sup>. A la hora de tomar una decisión en la cual se ha tenido en cuenta la opinión del menor, es necesario que tal decisión esté basada en el interés superior del niño, por ello los conceptos de autonomía e interés superior deben interpretarse de forma conjunta. La idea principal de autonomía va encaminada a que el menor sea considerado un sujeto de derecho, como un adulto, en contraposición a las ideas tradicionales las cuales concebían al niño como una persona con incapacidad jurídica. A partir de la CDN la infancia se entiende como una etapa más de la vida en la que es necesario que el niño o adolescente desarrolle su propia autonomía, tanto jurídica como personal<sup>22</sup>.

El siguiente principio que vamos a tratar es la igualdad y la no discriminación, que concretamente se encuentra en el artículo 2 de la Convención. En consecuencia, los estados Partes asegurarán la aplicación de la Convención *“a cada niño sujeto a su jurisdicción”* con independencia de la raza, el sexo, la religión, el idioma, la posición económica y en general cualquier otra condición del menor, de sus familiares o representantes legales. Como expresa MIGUEL CILLERO BRUÑOL, uno de los objetivos de este principio va encaminado a garantizar que los niños tengan la misma consideración que los adultos. A pesar de que existan diferencias reales entre adultos y niños, se pretende evitar que se lleven a cabo diferenciaciones desproporcionadas, esto es, basadas en decisiones arbitrarias o injustificadas. Por otra parte, la no discriminación también debe entenderse entre el colectivo de los niños, por ello deberá respaldarse a los menores *“en situaciones de desventaja, vulnerabilidad o menoscabo”*. En la CDN se especifican ciertos colectivos dentro de los niños que van a beneficiarse de garantías reforzadas, son por ejemplo, los niños indígenas

---

<sup>21</sup> PÉREZ MANRIQUE, R.C., << Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes>> Justicia y derechos del niño, núm.9, 2007 p.254.

<sup>22</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.117.

(art.30), los refugiados (art.22) o aquellos con capacidades físicas o mentales diferentes (art.23)<sup>23</sup>.

Por último, como cuarto principio estructural del texto debemos referirnos a la protección efectiva del desarrollo, el cual también se encuentra en diferentes disposiciones de la Convención. El artículo 3.2 dispone que los Estados Parte deberán preocuparse por la protección del menor y el cuidado del mismo, asegurando su bienestar. El mencionado artículo *“responde a una fórmula bastante tradicional y declarativa que no se formula explícitamente en clave de derechos”*, por ello debe complementarse con el artículo 4, el cual especifica que los Estados Partes deben lograr la aplicación efectiva de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño adaptándose a la realidad social y económica de cada momento<sup>24</sup>.

La satisfacción plena de los derechos sociales, económicos y culturales que se contienen en la Convención está sujeta a variabilidad en el tiempo a causa de factores externos, por ello los Gobiernos de cada Estado deben adaptarse y utilizar todos los recursos necesarios para que sus políticas reflejen y promuevan los derechos de los niños y niñas.

## **2. Los instrumentos europeos de protección al menor**

Teniendo en cuenta las características de aquellas personas que deben considerarse especialmente vulnerables, entendemos que los menores necesitan de una especial protección y por ello se han ido introduciendo a lo largo de los años una serie de medidas que se encuentran dispersas en las Directivas de la Unión Europea y del Consejo de Europa para, entre otros finalidades, *“prevenir la esto es, proteger al menor durante su testificación en cuanto al modo que va a realizarse la misma durante el proceso penal.* La regulación de la declaración de menores también va en caminata a

---

<sup>23</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.106.

<sup>24</sup> CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica...cit., p.120.

conseguir que la información obtenida sea lo más fiable posible “para garantizar un mejor esclarecimiento de los hechos”<sup>25</sup>.

Ya en el apartado 4 del artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE se da por supuesto que los menores de edad poseen necesidades especiales de protección y es por ello que se estará a la evaluación individual para concretar dichas medidas. Los menores, además de beneficiarse de las medidas dispuestas en el artículo 23 de la Directiva 2012/29/UE, se favorecerán de otras específicas dispuestas en el artículo 24. Son diversas las medidas que se toman cuando en el proceso entra en juego un menor, en el mencionado artículo 24 se dispone que durante las investigaciones penales, las declaraciones de las víctimas menores de edad pueden ser grabadas para más adelante utilizarse como medio de prueba en el proceso penal; en los casos en que la víctima menor esté separada de la familia o cuando se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental la representación del menor por motivo de conflicto de intereses entre ellos y la víctima, las autoridades deberán designar a un representante “de conformidad con el Derecho nacional”. Siguiendo con el supuesto de conflicto de intereses, el apartado c) declara que el menor tendrá derecho a “asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre”.

Resulta importante centrarnos también en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, puesto que hace referencia en determinados apartados de su texto al menor como víctima vulnerable. Sin irnos más lejos, el Considerando 8 de la Directiva establece “los menores son más vulnerables que los adultos y corren, por tanto, mayor riesgo de ser víctimas de la trata de seres humanos”, del mismo modo se aclara que el interés superior del menor debe tener una consideración esencial en estas situaciones y ha de estar

---

<sup>25</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.131-134.

de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño<sup>26</sup>. La Directiva prevé medidas adicionales de protección en relación al interrogatorio del menor, las cuales establecen que se celebrará solo cuando sea estrictamente necesario para el curso de la investigación y del proceso penal, y en presencia de un representante del menor o de una persona designada por él, además el número de interrogatorios va a ser el menor posible y deberá realizarse en locales adaptados a tal efecto, sin demoras injustificadas y van a estar dirigidos a través de profesionales, en principio la misma persona durante el proceso. Se contempla, además, la posibilidad de que la audiencia se celebre sin presencia de público y que la víctima menor de edad pueda ser oída sin estar físicamente presente en la sala de vistas.

Otro instrumento europeo a destacar en el ámbito del menor como víctima especialmente vulnerable es la Directiva 2010/0064, del Parlamento Europeo y Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. El objetivo de la Directiva es *“establecer las normas mínimas sobre la definición de los delitos y las sanciones relacionadas con la explotación sexual de los niños”*. Además se plantea la introducción de disposiciones comunes con la finalidad de acrecentar la prevención de estos delitos y la protección de los menores. El artículo 2 establece que se considerará niño a toda persona menor de 18 años, y se les reconocerá como víctimas especialmente vulnerables como se desprende del artículo 18.3<sup>27</sup>.

Los delitos a los que se refiere la Directiva están descritos del artículo 3 al 7, que entre otros, van a ser la provocación hacia un menor para que presencie abusos o actividades sexuales, la práctica de actividades sexuales con un niño que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida en la legislación nacional, de forma que, si se ha utilizado abuso de confianza, de autoridad, coacción, fuerza o amenazas se

---

<sup>26</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., Garantías y derechos de las víctimas...cit., p.136.

<sup>27</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., Garantías y derechos de las víctimas...cit., p.137.

va a castigar de forma más agravada. En cuanto a los delitos de explotación sexual, serán provocar o captar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos, lucrarse o asistir a ellos. Por último, se mencionan los delitos relativos a la pornografía infantil y se centran en la adquisición, posesión, difusión, distribución o la producción de la misma.

Es en el artículo 19 donde se enumeran las medidas necesarias para la protección de los niños en las investigaciones y los procedimientos penales que versen sobre los delitos previamente mencionados, que en conclusión son las mismas redactadas en la Directiva 2011/36/UE y que hemos descrito anteriormente.

Según MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, los instrumentos de protección del menor que se desprenden de estas directivas deben respetar, ante todo, las exigencias expuestas en el artículo 6.1.CEDH, *“relativas al reconocimiento del derecho al proceso debido”*, principalmente las concernientes a la garantía de contradicción en la práctica de la prueba y al derecho de defensa, para evitar que el acusado se encuentre en una situación de desventaja. Por ello, es necesario buscar un equilibrio entre dichas exigencias, que suponen un límite a la hora de redactar las directivas, y la necesidad de especial protección de las víctimas menores en el proceso penal.

### **3. Problemática concreta en ámbito de menores**

#### **3.1. Protección de menores en situación de riesgo y desamparo**

Como ya se ha visto, durante la etapa de la infancia de una persona ésta tiene unas necesidades específicas que llevan a exigir para ella una especial protección. En ocasiones, el menor puede encontrarse en situaciones en las cuales no está siendo cuidado como debería o no recibe las atenciones mínimas por parte de quien esté a su cargo. Ante situaciones de ese tipo puede surgir el riesgo y el desamparo del menor.

En primer lugar, es necesario realizar una diferenciación entre ambos términos: riesgo y desamparo. El riesgo, como el desamparo, se considera una situación de desprotección en la cual el desarrollo personal del menor se ve perjudicado a causa de circunstancias familiares, personales o de su entorno, sin embargo, no se llega a la intensidad necesaria para declarar situación de desamparo y por ello no se aconseja separar al menor del núcleo familiar. Por tanto, el riesgo no tiene la persistencia o la entidad que posee el desamparo<sup>28</sup>.

La situación de riesgo debe declararse de forma expresa y por ello se exige previamente una valoración de la misma. Para la citada valoración, la administración pública elaborará un proyecto en el cual deberán coordinarse los centros escolares y los servicios sociales y sanitarios, todo ello encaminado a garantizar los derechos del menor y a reparar la situación en la que se encuentra. Será necesaria la participación de los progenitores, tutores o guardadores para la elaboración del mencionado proyecto, pues se pretende mantener al menor en su ámbito familiar. Para confeccionar el proyecto, se tendrán en cuenta las opiniones de aquellas personas a cargo del menor y además se considerará la voluntad del mismo, siempre y cuando tenga suficiente madurez y en todo caso, a partir de los doce años. Formalizado el proyecto, deberá ser firmado por todas las partes<sup>29</sup>.

En el caso de que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores no colaboren activamente en lo respectivo al proyecto, podrá declararse situación de riesgo. Dicha situación, será declarada por la administración pública mediante una resolución administrativa motivada. En la citada resolución, se indicarán las medidas dirigidas a subsanar la situación de riesgo del menor, incluidas aquellas relativas a los deberes de los

---

<sup>28</sup> ALLUEVA AZNAR, L., << Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores >>, Indret revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2011, pp. 10-12.

<sup>29</sup> Artículo 17 en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



progenitores, tutores, guardadores o acogedores.

En el supuesto en que no se hayan conseguido los cambios a los que se aspiraba, una vez concluido el periodo del proyecto de intervención y cuando se considere que el menor no cuenta con los medios morales y materiales necesarios para su desarrollo, la administración pública competente lo comunicará a la Entidad Pública para que valore si existe situación de desamparo y a efectos de que el menor sea separado del núcleo familiar.

Por su parte, el desamparo supone una situación de hecho en la cual el menor carece de los elementos necesarios básicos para conseguir el desarrollo completo de su personalidad. A nivel nacional, el artículo 18 en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dispone que la situación de desamparo se produce cuando *“a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*. Como ha de entenderse, el incumplimiento de esos deberes se imputa a los progenitores, tutores o guardadores del menor.

Los indicadores para determinar el desamparo del menor se encuentran establecidos en el mismo artículo 18, entre otros encontramos: el abandono del menor, bien porque las personas a las que les corresponde ejercer la guarda no quieran ejercerla, o bien porque no puedan; *“el riesgo para la vida, salud e integridad física del menor”*, en concreto cuando el menor esté sometido a malos tratos físicos, a abusos sexuales, o cuando exista negligencia por parte de los progenitores, tutores o guardadores de las obligaciones alimentarias o de salud; *“el riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad”* a causa de un maltrato psicológico continuado o falta de atención grave de afectividad; *“la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución”*; generalmente los indicadores responden a

actos u omisiones llevados a cabo por los progenitores, tutores o guardadores que causan un perjuicio grave al estado físico o psicológico del menor.

Asimismo, el hecho de tener un hermano declarado en situación de desamparo, servirá de indicador para la declaración de dicha situación, en referencia al menor en cuestión, siempre y cuando las circunstancias familiares no se hayan modificado.

Por otra parte, no se tendrá en cuenta, para la valoración de la situación de desamparo, la pobreza de los progenitores, tutores o guardadores.

Una vez localizados y verificados estos indicios, la Entidad Pública declarará la situación de desamparo y asumirá la tutela del menor. Como establece el artículo 19 bis de la Ley 26/2015, la Entidad Pública deberá redactar un *“plan individualizado de protección”* estableciendo las medidas concretas de intervención, siempre en interés del menor.

La asunción de la tutela por parte de la Entidad Pública comportará la suspensión de la patria potestad de los progenitores o tutores, sin embargo, éstos podrán seguir manteniendo contacto con el menor, siempre y cuando no sea perjudicial para el mismo.

#### *a) El acogimiento familiar y residencial en España*

La protección del menor ante una situación de desamparo se materializa mediante el acogimiento. Existen dos tipos de acogimiento, el familiar y el residencial. Debe quedar claro desde el inicio, como dispone el artículo 21.3 en redacción dada por la Ley 26/2015, que el acogimiento familiar prevalecerá sobre el residencial *“para cualquier menor, especialmente para menores de seis años”* y además, *“no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento*

*la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor*".<sup>30</sup>

Adentrándonos en la materia, en primer lugar, del acogimiento familiar, cabe decir que puede realizarse introduciendo al menor en la propia familia extensa o en una familia ajena, en este último caso, puede darse el especializado<sup>31</sup>. El acogimiento familiar supone la intervención total del menor en la vida de la familia y además impone a los acogedores una serie de deberes, tales como *“velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”*, como se dispone en el artículo 173 del Código Civil.

Una vez se haya valorado la adecuación de la familia para el acogimiento, la Entidad Pública lo formalizará mediante una resolución judicial. Dicha resolución deberá incluir un documento anexo donde figuren, entre otros, los siguientes extremos: la identidad, tanto del acogedor o acogedores como del acogido, los consentimientos y audiencias, la modalidad del acogimiento y los derechos y deberes de cada una de las partes. La Entidad Pública, durante la acogida, realizará un seguimiento de la familia y del menor y se asegurará de que la familia cumple con los deberes establecidos en la Ley.

En función de la temporalidad, existen diferentes modalidades de acogimiento familiar enunciados por el artículo 173 bis del Código Civil, así, el acogimiento de urgencia, que no puede tener una duración superior a seis meses y va dirigido a bebés y niños menores de siete años, tiene la finalidad de evitar que éstos ingresen en un centro mientras se decide la medida correspondiente, atendiendo a las circunstancias del caso; el acogimiento temporal, con un límite de

---

<sup>30</sup> El artículo 172 ter del Código Civil también dispone que *“la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”*.

<sup>31</sup> Artículo 20 en redacción dada por la Ley 26/2015. El acogimiento en familia ajena será especializado *cuando “se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica...”*

duración de dos años, se establece cuando se prevea la reintegración del menor en su familia de origen o *“en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción”*; y finalmente, el acogimiento familiar permanente, que tiene lugar pasados los dos años del acogimiento temporal sin que se haya podido efectuar la reintegración familiar, o directamente en el caso de que las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, atendiendo al interés superior del menor.

Para constituir el acogimiento familiar, tanto el acogedor como el menor si tuviera suficiente madurez y en todo caso si fuera mayor de doce años, deben prestar su consentimiento. Sin embargo, cabe la posibilidad de la remoción de la guarda cuando surgieran problemas de convivencia entre acogedor y acogido y si así lo solicitase el propio menor, el acogedor, el Ministerio Fiscal y demás personas establecidas en el artículo 173.3 del Código Civil.

En cualquier caso, el acogimiento familiar puede cesar por las causas establecidas en apartado 4 del propio artículo 173, así pues, cesará por resolución judicial, por resolución de la Entidad Pública, por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores, o porque el menor alcance la mayoría de edad.

Ante todo y en la medida de lo posible se va a intentar que el menor crezca en el ámbito de una familia para evitar, al menos, que los menores de seis años sean llevados a hogares de protección. Sin embargo, cuando no sea posible el acogimiento familiar, se acudirá al acogimiento residencial. En España, el porcentaje de menores en residencias y hogares de protección es muy elevado y ello se debe a que es uno de los países europeos con menos familias ajenas disponibles para acoger.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> MARTÍN CABRERA, E., <<Niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial. Un análisis en función del género>>, revista *Curriculum*, núm. 28, 2015, p.91.

Las características más relevantes del acogimiento residencial se encuentran dispuestas en el artículo 21 en redacción dada por la Ley 26/2015, así pues, *“todos los centros de acogimientos residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública”*. Será la propia Entidad Pública la que regule el régimen de funcionamiento de los centros y los inscribirá en el registro correspondiente, atendiendo especialmente *“a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos”*.

Los centros de acogimiento, como es lógico, tendrán una serie de obligaciones con respecto a cada menor, deberán garantizar los derechos del mismo mediante un *“proyecto socio-educativo individual”* con la finalidad de que el menor consiga su desarrollo, tanto físico, como psicológico, social y educativo. El objetivo principal desde la llegada del menor hasta su salida es su propio bienestar, el centro se asegurará de que el menor disponga de los medios necesarios para la vida cotidiana, administrará medicamentos cuando por prescripción médica se precise y se asegurará de que reciban una educación integral encaminada a la vida plena.

Cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y atendiendo al interés del menor, los centros se implicarán en promover los recursos necesarios para que el menor no rompa los lazos con su familia de origen, todo ello encaminado a que finalmente el menor vuelva con la misma<sup>33</sup>. Será esencial, para que el retorno del menor tenga lugar, que se haya confirmado una evolución positiva *“objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar”*, es decir, que los vínculos permanezcan, que exista el compromiso de ejercer las obligaciones

---

<sup>33</sup> Artículo 21.1 e) en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

parentales adecuadamente y que el retorno no conlleve un riesgo para el menor<sup>34</sup>. En el supuesto en el cual se haya producido la reunificación familiar, la Entidad pública efectuará un seguimiento posterior apoyando a la familia del menor.

Durante el periodo que el menor resida en el centro de acogimiento, la Entidad Pública podrá realizar inspecciones de forma semestral, tanto del centro en sí como de los servicios que preste, y el Ministerio Fiscal, además de vigilar aquellas decisiones que se tomen en relación con el menor y su acogimiento, analizará, “entre otros, los *Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno*”<sup>35</sup>.

Haciendo una comparativa entre ambos acogimientos, consideramos que el acogimiento familiar siempre va a ser más beneficioso para el menor. Por una parte, el enriquecimiento a nivel personal que comporta desarrollar la vida en el seno de una familia no existe en los centros de acogida. En las familias se crea un ambiente de amor y respeto, hay atención personalizada y no hay cambios de turno<sup>36</sup>.

Sin embargo, como hemos adelantado, en España las familias de acogida disponibles son escasas. Ello se debe a la complicación del proceso para serlo o a las dificultades emocionales que conlleva comprometerse a acoger a un menor. El informe *Niños, niñas y jóvenes sin hogar* en España presentado en el 2014 e impulsado por la Unión Europea, decretó que la cifra exacta de menores en situación de riesgo no se podía conocer, pero que en siete años ya eran más de diez mil niños los que estaban tutelados por la Administración<sup>37</sup>.

En último lugar, queremos hacer referencia a los menores extranjeros no

---

<sup>34</sup> Artículo 19 bis 3. en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>35</sup> Artículo 21.5 en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

<sup>36</sup> GAYÁ, V., <<Menores en situación de desamparo>>, revista El Siglo núm.1118, 2015, p.46.

<sup>37</sup> GAYÁ, V., <<Menores...>>, cit., p.47.

acompañados que llegan a España que, aunque esta materia pudiera ser objeto de otro trabajo, está relacionada con el tema que se trata en este capítulo puesto que, al fin y al cabo se trata de menores en una situación de desprotección y vulnerabilidad. Así pues, la legislación española menciona en el artículo 19.5 bis en redacción dada por la Ley 26/2015 este supuesto de hecho y proporciona una solución *“se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad”*.

### 3.2. Menor como víctima de conflicto parental

Los seres humanos, durante la etapa de la infancia y hasta que alcanzan una adecuada autonomía, necesitan ser atendidos y cuidados por personas adultas para así llegar a desarrollarse a todos los niveles. Normalmente, los padres y madres de los menores son los encargados de ejercer este cuidado, manteniendo un ambiente cercano y familiar e implicándose en la crianza de sus hijos.

No obstante, cuando en una familiar surgen conflictos entre los adultos a cargo del menor es probable que incidan sobre éste de forma perjudicial, impidiendo que se desarrolle de forma adecuada. Así pues, la relación de los progenitores se considera un elemento que influye de manera directa e indirecta *“no solamente en el propio bienestar y ajuste de los miembros de esa pareja, sino que también, y muy especialmente, en el de los menores, fruto de esa unión, de la cual dependen independientemente del estado de la misma”*<sup>38</sup>.

A pesar de que el estado del menor pueda verse afectado durante la relación de pareja, nos centraremos en los conflictos una vez se ha roto

---

<sup>38</sup> GÓMEZ-ORTÍZ, O., MARTÍN, L., ORTEGA-RUÍZ, R., <<Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil>>, Pensamiento psicológico, vol. 15, núm. 2, 2017, p.68.

la dicha relación y en las consecuencias negativas que pueden desencadenarse.

CRISTINA GUILLARTE MARTÍN-CALERO realiza una comparativa entre dos situaciones, a grandes rasgos, que pueden generarse a raíz del cese de convivencia de los progenitores. Así, en primer lugar, encontramos en *conflicto parental estándar*, el más común. Aquí la falta de convivencia es aceptada por ambos progenitores y su relación puede considerarse armoniosa, así pues, las medidas que se establecen en el convenio regulador o en la sentencia que declara la separación o divorcio atribuirán la patria potestad del menor a los dos, puesto que éste tiene derecho a seguir relacionándose con sus dos padres, y la guarda y custodia a uno de ellos exclusivamente o a ambos en alternancia, que es la llamada guarda y custodia compartida<sup>39</sup>.

En este sentido, cuando la patria potestad se otorga a los dos progenitores, el que tenga a su cargo el menor se responsabilizará y decidirá sobre los aspectos ordinarios y diarios del mismo, tales como los alimentos o la ropa. Si fuese solo un progenitor quien tuviese la guarda del menor, será necesario, en atención a las decisiones de carácter extraordinario, requerir el consentimiento del otro progenitor.

La regla general nos lleva a que si la custodia se otorga solo a un progenitor, ambos padres sigan manteniendo la patria potestad sobre su hijo, en este sentido, el progenitor no custodio tendrá derecho a relacionarse y a comunicarse con su hijo. A su vez, el menor tiene derecho a no perder el contacto y a relacionarse con el progenitor con el que no convive.

El Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008, de 22 diciembre, dispone que *“Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del*

---

<sup>39</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.372.



*progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art.94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo ‘graves circunstancias que así lo aconsejen’. Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo”.*

A nivel internacional, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del niño establece que *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.*

El supuesto de que exista un conflicto estándar, es decir, cuando los progenitores resuelven su conflicto de convivencia de forma pacífica, no siempre va a suponer que el menor tenga un *“empeoramiento en el desarrollo psicosocial infantil o adolescente”*, de hecho, determinados estudios no han hallado diferencias entre los menores con padres divorciados y los que no lo están y conviven juntos, cierto es, que si las encuentran, se trata de diferencias mínimas. Contrariamente, algunas investigaciones afirman que *“los hijos de familias intactas tienen una mayor probabilidad de presentar miedos relacionados con el fracaso y el castigo”*, otorgando resultados positivos a aquellos menores que han vivido una ruptura de sus progenitores<sup>40</sup>.

En segundo lugar, siguiendo con la tipología de conflicto parental, nos encontramos con el *conflicto parental persistente*. En ocasiones, la ruptura puede llevar consigo una situación hostil al inicio entre los progenitores, normalmente en los casos en los que uno de los dos no está de acuerdo con la separación, aun así, en la mayoría de los casos dicha situación se transforma en la modalidad estándar. Cuando esto no

---

<sup>40</sup> GÓMEZ-ORTÍZ, O., MARTÍN, L., ORTEGA-RUÍZ, R., <<Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil>>, cit., p.70.

ocurre y sigue existiendo una actitud de enfrentamiento por parte de uno o ambos progenitores, se coloca al menor en una situación de vulnerabilidad<sup>41</sup>.

Así pues, Fainsilber-Katz y Gottman<sup>42</sup> determinaron que los niños y adolescentes que experimentan una ruptura hostil de sus progenitores tienden a presentar síntomas internalizantes, tales como la ansiedad, y que además tienen más probabilidad de ser rechazados socialmente.

Tras la ruptura, cuando persiste una conducta conflictiva por parte de uno de los progenitores, el menor se ve envuelto en un entorno desfavorable, desgraciadamente se convierte en víctima y por ello deben accionarse mecanismos para su protección. Normalmente, estas conductas se desencadenan en el ámbito de violencia doméstica o de género, o cuando el progenitor se encuentra en permanente desacuerdo con la separación o el divorcio<sup>43</sup>.

Recientemente y en atención a la violencia de género, ha sido aprobado por el Congreso el pacto de estado contra la violencia de género, de este modo, se pondrán en marcha una serie de medidas de protección a las víctimas que deriven de éstos hechos. Concretamente se menciona a los menores, en cuanto a su asistencia y protección, con el fin de garantizarles seguridad y apoyo desde el momento en que se vean involucrados en situaciones de estas características.

En atención a la gravedad de la situación descrita de forma precedente, las medidas para garantizar el bienestar del menor son: atribuir de forma exclusiva la patria potestad al progenitor que tiene la guarda del menor, en estos casos, el progenitor no custodio mantiene derecho a comunicarse o relacionarse con sus hijos; limitar o incluso suspender el

---

<sup>41</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., Garantías y derechos de las víctimas...cit., p.372

<sup>42</sup> FAINSLBER-KATZ, L., & GOTTMAN, J.M., <<Patterns of Marital Conflict Predict Children's Internalizing and Externalizing Behaviours>>, *Developmental psychology*, vol. 29, núm. 6, 1993, pp. 942-948.

<sup>43</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., Garantías y derechos de las víctimas...cit., p. 373.

derecho a relacionarse con sus hijos menores; y en el caso más extremo, la privación de la patria potestad. Las medidas acordadas por el juez siempre se van a tomar atendiendo al interés del menor y se encuadran en situaciones límite, son de carácter excepcional y no se van a dar en crisis parentales de carácter estándar.

En referencia a la patria potestad, las decisiones que determinen su ejercicio de forma unilateral se basarán en hechos probados que perjudiquen al menor o que le coloquen en situación de desprotección. Así, algunas de las causas son: el incumplimiento de las obligaciones parentales, como los alimentos, cuando la privación de la patria potestad suponga una medida desproporcionada atendiendo al interés del menor; el continuo desacuerdo y las constantes tensiones entre los progenitores, cuando no existe en ellos la voluntad de solucionar sus discrepancias; la ausencia de capacidades necesarias para atender al cuidado de sus hijos; y finalmente, los supuestos en que existe un trato paterno-filial conflictivo o, simplemente no hay relación.

Así, si uno de los progenitores no ostenta el ejercicio de la patria potestad, en la mayoría de los casos, el menor sigue teniendo derecho a relacionarse con su padre o madre, como se dispone en el artículo 160 del Código Civil *“Los hijos menores de edad tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161”*.

Cuando concurren circunstancias graves, el juez podrá, atendiendo al interés del menor, limitar o suspender este régimen de comunicación y estancia (artículo 94 del Código Civil).

Finalmente y como medida más estricta, existe la posibilidad de la privación de la patria potestad. En este caso se trata de una medida que *“afecta a la titularidad y no al ejercicio de la función”*. El artículo 170 del

Código Civil establece que *“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”*<sup>44</sup>.

Algunas de las causas por las cuales el juez puede decretar la privación de la patria potestad son: el abandono del menor, el impago reiterado de la pensión alimenticia, el maltrato del menor, ya sea físico o psíquico, o que el progenitor haya sido condenado por un delito de asesinato u homicidio contra el otro progenitor.

El pacto de estado mencionado pretende prohibir las visitas del menor al progenitor que se encuentre en prisión condenado por violencia de género, además garantiza una prestación a los niños huérfanos por violencia de género.

Ahora bien, los efectos de la privación surgirán a partir de la firmeza de la sentencia. Si bien se mantiene la obligación de alimentos hacia los hijos, desaparecen derechos: el de relacionarse, comunicarse y tenerlos en compañía. Se extinguen los deberes que tuvieron los hijos respecto de sus padres privados, el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. Por último, el artículo 177.3.1 del Código Civil establece que aquel progenitor que haya sido privado de la patria potestad no va a poder ser oído en el procedimiento de adopción de su hijo.

### 3.3. Supuesto de sustracción parental transfronteriza

En numerosas ocasiones, en el ámbito de conflictos parentales, nos encontramos ante una ruptura de una relación de la que pueden derivar acontecimientos desagradables que, en gran medida, van a incidir sobre el menor. Una consecuencia posible es la sustracción transfronteriza del

---

<sup>44</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., Garantías y derechos de las víctimas...cit., p.376-378.

menor por parte de uno de los progenitores, normalmente, en los casos en que los progenitores tienen nacionalidades distintas o su país de origen no es el mismo.

Siendo el caso más típico, no solo la ruptura de una relación puede desencadenar una sustracción o un secuestro internacional de un menor, existen otro tipo de preocupaciones, como las económicas o la necesidad de tomar decisiones trascendentales, que pueden llegar a ser factores para cometer el hecho. El problema que tratamos, recae sobre el menor afectándole de manera negativa, en ocasiones las consecuencias pueden llegar a ser irreversibles. Cuando el menor es de corta edad, el traslado a otro territorio hace que el mismo paulatinamente pierda el vínculo con el progenitor de su residencia inicial, si en el nuevo Estado tiene una lengua distinta.

Nos encontramos ante un fenómeno mundial por lo que deben buscarse medidas para, en primer lugar, evitar que se produzca la sustracción o, para el caso en que se haya producido, accionar mecanismos encaminados a restaurar la situación inicial, esto es, la restitución del menor víctima de sustracción o de retención ilícita.

Es bien sabido que la medida más efectiva ante un conflicto de cualquier índole es la prevención del mismo, es decir, evitar que llegue a materializarse el problema. Atendiendo a ello y aplicándolo al tema que abordamos, parece imprescindible que los Estados lleven a cabo acciones de colaboración y cooperación entre ellos para así obtener un mejor resultado ante las mencionadas situaciones.

La primera medida de prevención surge a partir de que los Estados ratifiquen o se adhieran a convenios internacionales referidos a esta materia, a simple vista parece lógico, pero es evidente que si el lugar de destino de la sustracción se produce en un país no firmante, los recursos para conseguir la restitución del menor se limitan o incluso pueden no llegar a existir. Los textos determinantes en este tema son: El Convenio

nº XVIII de la Conferencia de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 25 de octubre de 1980 (ratificado en España en 1986); el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad paternal (asumido por España); y por último, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Uruguay, en julio de 1989<sup>45</sup>.

Tras la ratificación del Convenio o una vez se asume la normativa relativa a la materia que tratamos, los países deben tomar la iniciativa de adecuar su legislación a ellos y además, implicarse en instaurar las infraestructuras necesarias para poner en práctica las previsiones legales dispuestas en los textos. Concretamente, las medidas que deben o deberían adoptar son las siguientes: La designación de autoridades centrales que garanticen la restitución de menores ilícitamente retenidos o sustraídos; el refuerzo en el control fronterizo con respecto a la salida de menores de edad; habilitación o mejora de los sistemas de localización tales como, alertas migratorias o divulgación en los medios de comunicación; fomento de la formación especializada a aquellas autoridades que intervienen en el procedimiento (jueces, fiscales, funcionarios, etc.); la especialización de los juzgados de familia para conocer los asuntos de sustracción de menores y, por último, el refuerzo del carácter inmediato de ejecución respectivo a las resoluciones de restitución<sup>46</sup>.

Se considera imprescindible, como se ha indicado previamente, que la legislación interna refuerce la primacía de los Tratados Internacionales con la finalidad de que no se vulneren las medidas previstas en los mismos. A su vez, los Estados deben implicarse en conseguir un

---

<sup>45</sup> CASO SEÑAL, M., <<La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores>>, Revista de mediación, núm. 8, 2011, p. 21.

<sup>46</sup> CASO SEÑAL, M., <<La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores>>, cit., p.21.

contacto directo con los órganos jurisdiccionales, a través de las autoridades centrales, de los distintos países implicados en el procedimiento de restitución.

Más allá de las medidas concretas, los ciudadanos deben adoptar una conciencia de las consecuencias negativas derivadas de la sustracción internacional de menores a modo de prevención, ello se hace a través de programas educacionales establecidos por los propios Estados, tales como sesiones de mediación prematrimoniales dirigidas a aclarar prioridades o programas para la restauración del vínculo.

En cuanto a las medidas que propiamente pueden llevar a cabo los ciudadanos, existe la posibilidad de que éstos, ante un riesgo de sustracción de un menor, planteen al Juzgado la adopción de medidas cautelares de prohibición de salida del menor al extranjero o de retención del pasaporte del mismo.

a) *El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.*

El legislador español ha intentado a lo largo de los años llevar a cabo una regulación específica en el ámbito de sustracción ilícita para el retorno del menor, sin embargo, la conclusión a la que se llega atendiendo a la práctica, es que dicha regulación no resulta del todo eficaz y no puede ofrecer soluciones completas y coordinadas en tales supuestos.

En España, con la introducción de la reforma del 2015 de la LEC, se hace referencia al procedimiento que debe seguirse en el caso de sustracción internacional de menores, así el artículo 778 quáter dispone las normas generales que deben aplicarse y el ámbito de aplicación, el artículo 778 quíntos determina el procedimiento a seguir, y el artículo 778 sexies establece “*la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional*”. Todo ello, será de aplicación cuando el menor, objeto de

traslado o retención ilícito, se encuentre en España, y siempre y cuando procediera de un Estado parte de un convenio internacional o de un estado miembro de la Unión Europea.

Pese a que el Convenio que ahora nos ocupa siga en vigor, el Reglamento 220/2003, al que nos referiremos en el apartado siguiente, desarrolla aspectos procesales del Convenio de 1980 favoreciendo su consolidación, todo ello sin olvidar la primacía del Reglamento frente al Convenio.

El instrumento para conseguir el retorno del menor tras un traslado ilícito del mismo es la "*orden de retorno inmediato*" y puede dictarse en base al Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980<sup>47</sup>.

Este Convenio, ratificado por más de 80 países, exige que para que pueda llevarse a cabo la devolución del menor sea necesario que se hayan infringido los derechos de custodia o de visita, es decir, alguno de éstos debe existir en un momento anterior a cuando se produce el traslado del menor. Concretamente, tales derechos deben estar especificados en una resolución ya sea judicial o administrativa, o incluso en un acuerdo que posea valor legal firmado por ambas partes.

El Convenio pretende una cooperación entre las autoridades de los Estados parte con el fin de conseguir, de la forma más rápida, el retorno del menor a su país de origen. Para llevar a cabo la cooperación (recogida en el Capítulo II) cada Estado deberá designar una Autoridad Central para que tramite y supervise las solicitudes de retorno. Cabe la posibilidad de que se nombre más de una autoridad competente.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia es la autoridad competente en España y su actuación básica se concreta, en primer lugar, la localización del menor en el Estado (parte) donde se haya

---

<sup>47</sup> REIG FABADO, I., <<El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores>>, Rev. Bolív. De derecho, núm. 20, 2015, p. 245



producido su traslado, y en segundo lugar procurar su devolución al Estado de origen.

Concretamente, las finalidades del Convenio se encuentran en el artículo 1, de una parte se pretende *“garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”* y de otra *“velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes”*.

Como se ha indicado de forma precedente, es necesario que exista el derecho de custodia y de visita, así, el derecho de custodia *“comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”*, y el derecho de visita *“comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”*.

El procedimiento a seguir se inicia a instancia de parte mediante una solicitud por parte de la persona, organismo o institución que mantenga que el menor en cuestión ha sido objeto de un traslado o retención vulnerando el derecho de custodia (artículo 8). La solicitud debe dirigirse a la Autoridad Central de donde se encuentre la residencia del menor o a la de cualquier otro Estado contratante que pueda garantizar la restitución inmediata del menor. La Autoridad Central ante la que se presente la solicitud deberá trasmitirla a la Autoridad Central del Estado contratante en el cual se encuentre el menor.

Una vez la solicitud es aceptada, la Autoridad Central del lugar donde se encuentre el menor tomará las medidas necesarias para realizar la restitución voluntaria del menor de la forma más inmediata posible.

En el caso de que las Autoridades Centrales no logren la restitución del menor, la parte solicitante tendrá la opción de acudir a las autoridades

judiciales para que se inicie el procedimiento correspondiente. En este supuesto será necesario que la parte esté representada por un abogado. Sin embargo, existe la opción de acudir de forma directa a las autoridades judiciales evitando la primera vía ya explicada (artículo 29).

Atendiendo a los artículos 13 y 20 del Convenio, cabe la posibilidad de que la autoridad competente del lugar donde se encuentra el menor no conceda la restitución al país de origen del mismo. Estas excepciones, sujetas a discrecionalidad del juez, son que el propio menor se oponga a la restitución teniendo en cuenta su madurez para considerar o no su opinión; que exista un riesgo elevado de que la restitución del menor pueda acarrearle consecuencias negativas, ya sean físicas o psíquicas; por último, que la restitución no esté permitida en base a los principios fundamentales del Estado requerido. Además, del propio artículo 13 se desprende que no podrá hacerse efectiva la restitución si en el momento del traslado del menor la persona o institución a cargo del menor no ejercía de forma efectiva la custodia o había consentido o aceptado posteriormente el traslado.

En el supuesto de que concurra alguna de las excepciones mencionadas, la carga de la prueba recae sobre la parte que realizó el traslado considerado ilícito y en el caso de que finalmente se verifique dicha excepción, devendrá lícito.

Cuando se llega a la conclusión de que no debe realizarse la restitución, las autoridades judiciales o administrativas estarán facultadas para decidir sobre las cuestiones de fondo en referencia a la custodia del menor<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> REIG FABADO, I., <<El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores>>, cit., p.250.

*b) La sustracción internacional de menores en el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.*

Como hemos mencionado de forma precedente, el artículo 60 del Reglamento establece que el mismo primará frente al Convenio de la Haya de 1980. Lo cierto es que el Reglamento 2201/2003, también llamado Bruselas II bis, modifica ciertos aspectos del Convenio y amplía otros, puede decirse que consolida el texto de 1980. Debe quedar claro que el Reglamento solo va a operar en aquellas cuestiones de traslados ilícitos de un Estado miembro del Reglamento a otro Estado miembro.

En primer lugar, el propio Reglamento define el traslado o retención ilícitos de un menor en su artículo 2.11, así pues, se darán cuando se hayan *“producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*. Se incluye, además, el requisito de que la custodia se ejerciera de forma efectiva en el momento del traslado o retención, de forma conjunta o separada, *“o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”*.

En referencia a la orden de retorno inmediato, el Reglamento incorpora ciertas garantías procedimentales, relativas al derecho fundamental de la tutela efectiva, que quedaban implícitas en el Convenio de la Haya. Así, el artículo 11 garantiza la posibilidad de dar audiencia al menor, en atención a su edad y su grado de madurez, además el órgano jurisdiccional ante el cual se interponga la demanda deberá actuar con urgencia, salvo circunstancias excepcionales, dictando la resolución en el plazo máximo de seis semanas. Además, como se dispone en el artículo 11.4 del Reglamento *“Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 si se demuestra que*

*se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución*”, de forma que se ajusta así un aspecto discutible del Convenio.

En el caso de dictar una orden de no retorno, se atenderá a lo dispuesto en el Convenio de la Haya, añadiendo, si fuera de aplicación el Reglamento, las garantías mencionadas de forma precedente. Así pues, las reglas de las excepciones con la finalidad de rechazar el retorno del menor se conservan, el Reglamento 2201/2003 se remite al Convenio de la Haya para establecer las causas de la decisión.

Es preciso destacar que, las decisiones posteriores de retorno del menor dictadas en base al Reglamento que tratamos, serán prioritarias frente a aquellas decisiones de no retorno dictadas al amparo del Convenio de la Haya. Como se establece en el artículo 11.8 del propio Reglamento *“Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva”*, de este modo, se pretende garantizar la restitución del menor, puede decirse que tal medida fortalece *“el principio inspirador de retorno del menor”*<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> REIG FABADO, I., <<El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores>>, cit., p.257.

## CONCLUSIONES

1. La sensibilidad social respecto de las víctimas de delitos ha ido creciendo a lo largo de los años de forma progresiva, es por ello que los derechos hacia ellas se han ido plasmando a nivel Europeo en las distintas Directivas.

2. En el Capítulo 4 de la Directiva 2012/29/UE se hace un reconocimiento expreso a las víctimas con necesidad de protección especial. Así pues, el artículo 23 de la misma establece las medidas concretas de protección de estas víctimas durante el proceso penal y el artículo 24 hace referencia a la protección de los menores.

3. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito supone la transposición de los derechos establecidos en la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre a nuestro ordenamiento jurídico.

4. La Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 supuso una culminación en el marco de los derechos de la infancia, constituye una nueva visión de las relaciones del niño con la sociedad, el estado y la familia.

5. Una de las medidas clave de protección al menor cuando éste se encuentra en situación de desamparo es el acogimiento, haciendo una comparativa entre ambos tipos de acogimiento, familiar y residencial, el familiar va a ser más beneficioso para el menor, pues éste va a tener atención personalizada y va a desarrollar su personalidad en un ambiente de amor y respeto.

6. Atendiendo al interés superior del menor, en el acogimiento se va a intentar reintegrar al menor en su propia familia. Será necesario, para que tenga lugar el retorno del menor a su familia, que los vínculos entre éstos permanezcan, que no suponga un riesgo para el menor y que exista compromiso de ejercer las obligaciones parentales por parte de la familia.

7. Cuando las rupturas son pacíficas, los hijos se adaptan mejor a su nueva situación de vida, sin embargo, cuando algún progenitor no está de acuerdo con esa ruptura, puede observarse que afecta directamente al estado del menor, creándole un mayor sufrimiento.

8. La sustracción transfronteriza de menores supone un problema que incide de forma negativa sobre el propio menor. Una consecuencia posible, cuando el menor es de corta edad, es que éste pierda paulatinamente el vínculo con el progenitor de su residencia habitual.

9. Con el fin de paliar las situaciones de sustracción transfronteriza de menores, es imprescindible que la legislación interna refuerce la primacía de los Tratados Internacionales. Por ello, los Estados deben adecuar su legislación a estos textos e implicarse en instaurar las infraestructuras necesarias para poner en práctica las previsiones legales en ellos dispuestas.

10. Pese a que el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980 siga en vigor y haya establecido la "*orden de retorno inmediato*", es el Reglamento 220/2003 el que tiene primacía y desarrolla sus aspectos procesales favoreciendo así su consolidación.

## BIBLIOGRAFÍA

ALLUEVA AZNAR, L., << Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores>>, Indret revista para el análisis del derecho, Barcelona, octubre 2011.

CARDONA LLORENS, J., Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia, Thomson Aranzadi, 2016. Coordinadora MARTINEZ GARCIA, C.

CASO SEÑAL, M., <<La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores>>, Revista de mediación, núm. 8, 2011, pp. 20-27.

CILLERO BRUÑOL, M., Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia, Thomson Aranzadi, 2016, Coordinadora MARTINEZ GARCÍA, C.

COTS I MONER, J., El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España, Bosch, 2006.

DE HOYOS SANCHO. M., Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FAINSILBER-KATZ, L., & GOTTMAN, J.M., <<Patterns of Marital Conflict Predict Children's Internalizing and Externalizing Behaviours>>, Developmental psychology, vol. 29, núm. 6, 1993, pp. 940-950.

GAYÁ, V., <<Menores en situación de desamparo>>, revista El Siglo núm.1118, 2015, pp.46-47.

GÓMEZ-ORTÍZ, O., MARTÍN, L., ORTEGA-RUÍZ, R., <<Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil>>, Pensamiento psicológico, vol. 15, núm. 2, 2017, pp.67-78.

MARTÍN CABRERA, E., <<Niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial. Un análisis en función del género>>, revista Qurriculum, núm. 28, 2015, pp. 89-102.

MARTÍN RÍOS, P., Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal, Atelier, Barcelona, 2012.

MIRANDA ESTRAMPES, M., Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Coordinadora DE HOYOS SANCHO. M.

PÉREZ MANRIQUE, R.C., <<Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes>> Justicia y derechos del niño, núm.9, 2007, pp.251-277.

REIG FABADO, I., <<El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores>>, Rev. Boliv. De derecho, núm. 20, 2015, pp. 242-263.



## RESUMEN EN INGLÉS

The following essay intends to explain who the most vulnerable victims are, the special protection procedures they have and, particularly, refers to the underaged person as a victim.

The first chapter seeks to explain the rights of all victims in general, referring to Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. This Directive is compared with the replaced Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings.

Thus, the Explanatory Memorandum on the 2012 Directive specifies in its 65th paragraph that its purpose is *“to amend and expand the provisions of Framework Decision 2001/220/JHA. Since the amendments to be made are substantial in number and nature, that Framework Decision should, in the interests of clarity, be entirely replaced in relation to Member States participating in the adoption of this Directive”*.

The topics that are compared are, firstly, the right of the victim to receive information, in the Framework Decision was disposed in Article 4, in the Directive these rights were more specified and Article 6 determines the right of the victim to be informed about their case without unnecessary delays; about the situation of their criminal procedure, timing and place or the trial or any final judgment.

Regarding the protection of victims, their families or relatives, the reference to the Framework Decision is Article 8: it stated that Member States should ensure that necessary measures are provided in the course of the process in order to protect the privacy and image of victims, families or relatives. The Directive reinforces these rights, article 19 declares *“right to avoid contact between victim and aggressor”*, and it also refers to relatives. The directive goes a step further

and establishes in a different article, 21st, the privacy protection, both of victims and their relatives, during criminal proceedings.

Regarding access to justice in view of the fact that the victim was a resident of another Member State, Article 11 of the Framework Decision provided that the Member States would ensure that the victim of an offense (committed in a Member State other than his state of residence) can report this offence in his home country when this was not possible in the country where the offence took place. The Directive determines in Article 17, entitled "*Right of victims residing in another Member State*", the rights of the victim to be able to submit the complaint in a Member State other than the place where the criminal offense was committed. The article goes on to say the same thing as the Framework Decision, perhaps in a more specific way.

Finally, it refers to reparation rights (art.16 of the Directive and art.9 of the Framework Decision) and assistance of victims (arts. 8 and 9 Directive and art.13 of the Framework Decision).

The second chapter generally analyses the victims with specific protection. These victims are more likely to suffer secondary or repeated victimization, retaliation or intimidation.

Point 57 of Directive 2012/29/EU lists of group of people that can be considered especially vulnerable victims, that is to say, expressly recognizes this type of victims. They may therefore be considered victims with specific protection needs "*Victims of human trafficking, terrorism, organised crime, violence in close relationships, sexual violence or exploitation, gender-based violence, hate crime, and victims with disabilities and child victims*".

These victims will be evaluated to see if they need special protection. The factors to be taken into account are: gender and gender identity, age, ethnicity, religion, sexual orientation, disability, health status, communication difficulties, relationship with the alleged perpetrator, previous experience of terrorist offenses or organized crime and if the victim is a foreigner.

The specific measures of protection are found in the same Directive 2012/29 / EU, Article 23 refers to the particularly vulnerable victims as “*victims with specific protection needs during criminal proceedings*” and establishes measures for their protection. The measures of Article 24 are aimed at underaged persons, as they have specific protection.

The third and final chapter focuses on underaged youth as victims with specific protection needs. Firstly, reference is made to legal precedent in child protection. Thus, the relevant texts that have served to develop children's rights are: The Geneva Declaration of 1924 of the Rights of the Child, the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the Universal Declaration of the Rights of the Child of 1959 and the Convention on the Rights of the Child, adopted on 20 November 1989.

Then the principles of the Convention on the Rights of the Child are developed, in this case, we will only mention them. The structural Principles of the text, which form the legal framework of the text are equality, the best interests of the child, autonomy and effective protection of development. These principles are intended to become legal values established in international law.

The next topic to be addressed is the European instruments for the protection of children. This section indicates the Directives in which the figure of the child appears, so it refers again to the directive 2012/29 / EU, which assumes that underaged children have special protection needs, also of Directive 2011/36 / EU of the European Parliament and of the Council of Europe on preventing and combating trafficking in human beings and the protecting its victims, as it refers in certain sections of the text to the child as a vulnerable victim. Specifically, the Point 8 of the Directive that “*children are more vulnerable than adults and are therefore at greater risk of becoming victims of human trafficking*” and that the best interests of the child must be taken into account essential in situations of human trafficking and must be in accordance with the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child.

The third directive about children discussed is Directive 2010/0064 of the European Parliament and Council on combating sexual abuse, sexual exploitation of children and child pornography. The purpose of the directive is to establish minimum standards on the definition of offenses and penalties relating to the sexual exploitation of children. In turn, the introduction of common provisions is proposed in order to increase the prevention of these crimes and the protection of minors.

The third chapter deals with specific problems in the area of children, in this way the protection of children at risk and homelessness is developed, the children as a victim of parental conflict and the case of transboundary parental abduction.

In terms of risk and abandonment, both are considered situations of lack of protection of the child in which their personal development is harmed by family circumstances, personal or their environment; however, the risk situation does not amount to abandonment because it is a less harmful situation for the child.

The risk situation will be assessed and stated expressly if it is concluded that there are reasons that place the child in a situation of vulnerability. For the evaluation, the public administration will develop a project in which schools and social and health services should be coordinated, all aimed at ensuring the rights of the child and repairing the situation in which they are located.

Participation of the parents will be necessary, guardians for the elaboration of the mentioned project, since it is intended to keep the child in their family environment. When the parents, guardians, caretakers or foster children do not actively participate in the project, the risk situation may be declared. If it is declared a risky situation, it will be done by means of a motivated administrative resolution. The resolution will indicate the measures aimed at correcting the risk situation of the child. In the event that the aimed changes are unsuccessfully made and when the intervention period has ended, the competent public administration will communicate it to the Public Entity to assess if there is a situation of abandonment and to the effect that the minor is separated from the

family nucleus.

As for the abandonment, it is described as a situation *de facto* in which the child lacks the necessary and basic means to achieve the complete development of his personality. In Spain, (Law 26/2015, of July 28, on modifications of the protection system for children and adolescents) states that the situation of abandonment occurs when "due to the non-fulfillment, the impossible or inadequate exercise of the duties of protection established by the laws for the custody of minors, they are deprived of the necessary moral or material assistance".

Factors that are taken into account to declare this situation are, among others: the abandonment of the minor; the risk to the life, health and physical integrity of the child and the induction to begging, crime or prostitution. In general, these indicators respond to acts or omissions made by parents or guardians.

When the indications mentioned above have been located and verified, the Public Entity will declare a situation of abandonment and will assume the guardianship of the minor. At that time, an individualized plan of protection will be drafted in the best interests of the child.

The protection of the child from a situation of abandonment is materialized through foster care. There are two types of care, the family care and the residential care.

Family foster care can be done by introducing the child into the extended family or into family of strangers. Family fostering involves the total intervention of the child in the life of the family and also imposes on the homeless a series of duties, such as "watch over him, have him in his company, feed him, educate him and provide him with an integral training in an affective environment", as provided in article 173 of the Spanish Civil Code, during the stay, the Public Entity will monitor the child and the family, and ensure that the family complies with the duties established by law.

The foster care can cease for the causes established in article 173 of the Spanish Civil Code: judicial resolution, by resolution of the Public Entity, for the death or declaration of death of the family, or because the child reaches the age of majority.

Residential care involves introducing the child into a foster care center registered in the corresponding registry. As established in article 21 of the Law 26/2015, "all residential care centers providing services directed to minors in the area of protection must always be administratively qualified by the Public Entity".

The foster care centers will have a series of obligations with respect to each minor, they must guarantee their well-being from the moment they enter and provide them with the necessary means for their development, both physical and moral.

Taking into account the circumstances of the case and the interest of the child, the centers will be involved in promoting the necessary resources so that the child does not break the ties with his family of origin, all aimed at finally getting the child back with the same. It will be essential for the child's return to confirm objectively enough a positive evolution to restore family coexistence: that is, the bonds between the child and the family remain, there is a commitment to exercise parental obligations properly, and that there is no risk in returning.

Once the two types of foster care have been compared, it should be clear that family foster care will prevail over the residential "for any underaged child, especially if they are under six years old" , and also, "residential care for children under three years of age will not be agreed, except in cases of duly accredited impossibility of adopting at that time the measure of foster care or when this measure is not in the best interests of the child" (article 21.3 in the wording given by Law 26/2015).

The next aspect to deal with is the underage children as a victims of parental conflict. During the stage of childhood, children need to be cared for in a special

way by adults. Usually parents are responsible for exercising that care and therefore must maintain a close and familiar environment involved in the upbringing of their children.

When a conflict arises in a family between the adults in charge of the minor, it is possible that they affect the child in a negative way, preventing him from developing properly. For this reason, the relationship between the parents directly and indirectly influences not only the well-being of the couple, but also the well-being of the children who are the result of that union.

CRISTINA GUILLARTE MARTÍN-CALERO distinguishes between two types of situations that may arise as a result of the parental cohabitation. In the first place, the standard parental conflict -- the most common. In this case the lack of coexistence is accepted by both parents and in addition their relationship can be considered harmonious, the measures related to minors will be arranged in the regulatory agreement or in the sentence declaring separation or divorce.

Faced with a standard conflict children will not always have a worsening in the development of children or adolescents psychosocial, in fact, certain studies have found no differences between children with divorced parents and those who are not and live together, and if they are found, these are minimal differences.

Continuing with the typology of parental conflict, we will talk about persistent conflict. The breach between the parents may lead to a hostile situation at the beginning between the parents, usually in cases where one of the two disagrees with the separation. In most cases, this situation becomes standard mode. When this does not happen, and there is still an attitude of confrontation between the parents, the child is placed in a situation of vulnerability.

The child, in these cases, is involved in an unfavorable environment and unfortunately becomes a victim, that is why they must be activated mechanism for their protection.

In view of the seriousness of the situation described, the measures to guarantee the child's welfare are: to attribute sole custody to the parent who has custody of the minor; in these cases, the non-custodial parent has the right to communicate or relate to their children; limit or even suspend the right to interact with their underaged children; and in the most extreme case, deprivation of parental authority. The measures agreed by the judge will always be taken in the interests of the child and are framed only in extreme situations: these are exceptional and will not occur in parental crises of a standard nature.

The third specific case is transboundary child abduction: it is a global phenomenon that can affect children in a negative way and sometimes the consequences may be irreversible. When the minor is young, the transfer to another territory causes him to gradually lose the link with the parent of his initial residence, especially if they speak another language in the new state.

To reach the solution when we find ourselves in such a scenario, states activate mechanisms arranged in international conventions. For this reason, the first measure is prevention, but for this it is necessary that states accede or ratify agreements on this matter.

The texts determining this subject are: Convention No. XVIII of 28 October 1980 on the Civil Aspects of Child Abduction (ratified in Spain in 1986); Council Regulation (EC) No 2201/2003 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility (ratified by Spain); and finally, the Inter-American Convention on the International Return of Minors, adopted in Montevideo, Uruguay, in July 1989.

The academic work refers more exhaustively to the Convention of October 1980 and to the Council Regulation 2201/2003. It is essential that the states adapt their legal system to these conventions.

Firstly, the Convention, ratified by more than 80 countries, requires that in order for the return of the child to be carried out, it is necessary that the rights of



custody or visit have been violated, that is to say, some of them must exist in a moment prior to when the child is transferred. Such rights must be specified in a resolution, whether judicial or administrative, or even in an agreement that has legal value signed by both parties.

The Convention seeks cooperation between the authorities of the States in order to achieve the return of the child to the country of origin in the quickest way possible. In order to carry out the cooperation (included in Chapter II), each State must designate a Central Authority to process and supervise requests for return. More than one competent authority may be named.

with reference to the Council Regulation, Article 60 provides that it shall be *prima facie* in relation to the Convention of 1980. The fact is that Regulation 2201/2003, also called Brussels II bis, amends certain aspects of the Convention and it should be said that it consolidates the 1980 text. It should be clear that the Council Regulation will only operate on issues of illicit transfers from one Member State to another.

In Spain, with the introduction of the reform of 2015 of the LEC (Civil procedure statute), refers to the procedure to be followed in the case of international child abduction, so Article 778 charter sets out the general rules to be applied and the scope, article 778d determines the procedure to be followed, and article 778e establishes the declaration of illegality of an international transfer or retention. All this will be applicable when the child, object of transfer or illegal retention, is in Spain, and as long as it comes from a State party to an international convention or a member State of the European Union.