



ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA EN ESPAÑA: LOS DERECHOS DE LOS MENORES IMPLICADOS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA

(Analysis of the Organic Law of Comprehensive Protection of Children and Adolescents against Violence in Spain: The rights of minors involved in legal proceedings in family proceedings)

Pilar Vilella Llop
Abogada y Profesora
UNIR

Resumen

En el presente trabajo se analizan los cambios que la reciente Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021 de 4 de junio) supone, de manera concreta, para los derechos de los menores intervinientes en el procedimiento judicial. No debe perderse nunca de vista que lo que debe primar por encima de cualquier otro interés, es el Interés Superior del Menor (en adelante, ISM), lo que implica una enorme responsabilidad de los progenitores, y también de los operadores jurídicos actuantes. Por otro lado, en lo relativo al derecho del menor a ser escuchado, si bien debe ser respetado para garantizar el cumplimiento de la ley, no pueden obviarse las repercusiones, tildadas incluso como maltrato al menor, que una excesiva presión o interferencia de los progenitores sobre los mismos pueden acarrear en su salud psicológica, e incluso física.

Palabras clave: familia, divorcio, interés superior del menor, derecho de familia

Abstract

This paper analyzes the changes that the recent Organic Law for the integral protection of children and adolescents against violence (LO 8/2021 of June 4) implies, in a concrete way, for the rights of children who intervene in the judicial procedure. It should never be lost sight of the fact that what should prevail over any other interest is the Best Interest of the Child, which implies an enormous responsibility of the parents and acting legal operators. On the other hand, with regard to the children's right to be heard, although it must be respected to guarantee fulfillment of law, the repercussions cannot be ignored, even branded as child abuse, that excessive pressure or interference from the parents on them can affect their psychological health, and even physical.

Keywords: family, divorce, best interest of children, family law

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 5 de junio de 2021 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la **Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021 de 4 de junio)**, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 20 de mayo de 2021. La ley entró en vigor el pasado día 25 de junio de 2021. Por concreción, nos referiremos en este texto a esta Ley como LOPIIAFV o LO 8/2021.

El objetivo de esta ley es promover la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (las acepciones más adecuadas para hablar de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad son (i) menores de edad o (o) niños, niñas y adolescentes (NNA), que se utilizan indistintamente en este trabajo), introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de los y las menores de edad. En definitiva, pretende preservar el derecho de los niños a no ser objeto de ninguna forma de violencia, otorgando prioridad a la prevención, educación y socialización, no solamente de los más pequeños, sino también de sus familias, pues dicho objetivo conecta con el sano desarrollo de nuestra sociedad.

Este texto introduce modificaciones parciales en varios textos legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente: Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Civil (de ahora en adelante, CC), la Ley General Penitenciaria, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley General de Publicidad, el Código Penal, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, la Ley reguladora de la autonomía del paciente, la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, la Ley de la jurisdicción voluntaria y la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (modificadora de la LOPJ).

Destaca en la ley la referencia al ejercicio positivo de la responsabilidad parental, como *“un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia”*. Por ello, la ley establece medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia intrafamiliar.

Los principales referentes normativos de protección infantil circunscritos al ámbito de Naciones Unidas, tal y como se recoge en el preámbulo, son los tres protocolos facultativos de la citada Convención y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, que se encargan de conectar este marco de derecho internacional con realidades educativas, sanitarias, jurídicas y sociales que atañen a niños y adolescentes. En el caso de esta ley orgánica, son especialmente relevantes la **Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado**, la **Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia** y la **Observación General número 14, de**

2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente. Estas Observaciones hacen referencia a tres cuestiones de importante relevancia cuando el menor se enfrenta a un procedimiento judicial derivado de una crisis familiar; por ello, nos centraremos en el análisis de los cambios legislativos que afectan a los derechos del **menor involucrado en un procedimiento de familia, independientemente de su naturaleza (divorcio, separación, medidas paternofiliales, modificación de medidas...)**, especialmente en aquellos en los que se aprecia alta conflictividad entre los progenitores, que afecta de manera directa a los mismos, causando graves perjuicios a nivel emocional, psicológico e incluso físico.

Los derechos de los menores de edad, consolidados ya en nuestra normativa estatal e internacional, vienen a ser de nuevo reconocidos y desarrollados en esta ley, como exponemos a continuación. Principalmente, se hace referencia a tres derechos de los menores de edad:

- (i) A ser oído y escuchado en el proceso judicial,
- (ii) A que se respete su mejor interés por encima de cualquier otro y
- (iii) A no sufrir ningún tipo de violencia.

Sobre esta última cuestión, *“los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior”*.

En lo relativo a la ley estudiada, concretamente en su artículo 11, se hace referencia a una serie de cuestiones que inciden de manera directa en el bienestar del menor sometido al proceso judicial.

En el presente trabajo, se analizan también las modificaciones introducidas en el Código Civil por la LO 8/2021,

2. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL POR LA LO 8/2021

La LOPIIAFV acarrea importantes modificaciones a nivel legislativo, que afectan al articulado del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigentes, y concretamente al papel del menor de edad en el proceso judicial.

La disposición final segunda modifica el **artículo 92** del Código Civil con el objetivo de reforzar el Interés Superior del Menor en los procesos de separación, divorcio o nulidad, así como para asegurar el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia dictados por los jueces. De este modo, en el artículo 92.2 CC, se estipula que *“el juez, cuando deba adoptar alguna medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, **velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá***

resolución motivada en el Interés Superior del Menor sobre esta cuestión". Reconoce de este modo el derecho a ser escuchado, y a que se tomen en consideración sus opiniones, que deben poder ser emitidas libremente. No dista mucho de la redacción anterior, que ha respetado el derecho del menor a ser oído y escuchado siempre y cuando se cumpliesen una serie de requisitos.

En relación con el artículo 92.9 CC, *"el juez, antes de adoptar alguna de las medidas a las que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, podrá recabar dictámenes de especialistas debidamente cualificados, relativos a la idoneidad en el modo de ejercicio de la patria potestad y el régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior"*. Incluye en su articulado un último punto, que prevé la posibilidad de que el juez adopte medidas cautelares para el cumplimiento de las medidas acordadas, procurando no separar hermanos, si bien es cierto que apenas supone cambios en relación con la redacción anterior, pues el Juez siempre ha contado con la potestad de adoptar dichas medidas, bajo el principio de preferencia de no separar hermanos.

No menos importante y polémica resulta la modificación del **Artículo 156 del Código Civil**. La redacción inicial de la LO 8/2021 disponía lo siguiente: *"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación"*. Sin embargo, esta modificación no se contempla en el texto definitivo, al haber sido introducida previamente por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada el 3 de junio de 2021*, por lo que se analiza de igual modo al suponer un importante cambio a nivel legislativo, especialmente en lo que al concepto de presunción de inocencia se refiere. No debe pasarse por alto el matiz de que **no sea necesario interponer denuncia previa**, otorgando potestad a informes emitidos por un organismo no adscrito a órgano jurisdiccional.

Importante y polémica es la nueva redacción del artículo 94 CC: *"No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas*

practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, el Juez podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial". Es decir; el mero hecho de interponer denuncia o que exista un informe de servicios especializados en violencia de género puede ser causa suficiente para suspender un régimen de visitas a uno de los progenitores.

Las críticas a esta reforma ya son patentes entre sectores de Jueces y Magistrados, ya que elimina la discrecionalidad atribuida a los mismos para resolver sobre una cuestión que, según la magistrada de Primera Instancia en el Juzgado número 7 de Móstoles, Natalia Velilla, es realmente compleja. Según afirma, "los jueces no damos visitas y comunicaciones a diestro y siniestro, examinamos con muchísimo detalle cada caso, y si detectamos cualquier peligro, las suspendemos, o concedemos de forma intervenida", refiriéndose a las visitas tuteladas en Puntos de Encuentro Familiar (Confilegal, 2021). Antes de la reforma, la decisión sobre la suspensión del régimen de visitas correspondía al juez, que debía valorar las circunstancias de cada caso concreto. Esta reforma puede disparar las denuncias por vía penal para tramitar medidas que corresponden al ámbito civil, con una consecuencia directa que supone a uno de los progenitores (principalmente el padre) perder el contacto con sus hijos durante un tiempo imposible de recuperar. El sistema, si bien garantista, debe tener en cuenta esta circunstancia, que antes de la reforma se atenúa con la observancia directa del juez en cada asunto y su capacidad de decisión.

A pesar de que el artículo apunta un matiz importante, que podría suponer una excepción al automatismo judicial ("*no obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor (...) previa evaluación de la situación de la relación paterno filial*"), no implica el reconocimiento de potestad jurisdiccional que se recogía en la redacción anterior.

2.1. El derecho del menor de edad a ser escuchado (Observación General 12, año 2009)

El derecho del menor a ser escuchado encuentra su fundamento normativo a nivel internacional en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la resolución 22/25 de 20 de noviembre de 1989, y en el artículo 15 de la Carta Europea de Derechos del Niño. La Disposición Adicional Segunda de la LOPIIAFV recoge el efectivo derecho del menor a ser oído, siempre precedido de un otorgamiento de información adecuada sobre la relevancia de su declaración en todo procedimiento administrativo o judicial. Supone una modificación del artículo 154 del Código Civil, a fin de establecer con claridad que la **facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad** forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, **corresponde a ambos progenitores** (punto 3º), no incluido en la redacción actual, salvo suspensión del ejercicio de la patria potestad o atribución a sólo uno de los cónyuges. Es decir, en caso de traslado de un menor, es absolutamente necesario recabar el consentimiento de ambos progenitores, con independencia de las medidas dictadas sobre guarda y

custodia. Se mantiene que, si los hijos o hijas tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

El artículo 11 de la LOPIIAFV recoge el derecho de las víctimas a ser escuchadas: *“Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior”*.

Este deber procesal de oír a los menores antes de adoptar medidas que afecten a su educación, cuidado y desarrollo, y que se encuentra previsto en los artículos 777.5 y 770.4, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *“permite considerar la voluntad manifestada por aquellos como un criterio legal relevante a la hora de acomodar tales medidas al principio general de su interés superior”* (Canturiense, 2018). *“El objetivo es “introducir en el procedimiento la opinión, la percepción, la posición y la emoción o los sentimientos del niño, niña o adolescente sobre la cuestión familiar que debe resolverse en el procedimiento de Familia”* (García, 2018). Solamente se justifica su denegación cuando se considere innecesaria, intrascendente, o pueda suponer una victimización secundaria para el menor, debiendo ser motivada en cualquier caso.

Es necesario que los menores de edad no perciban que su opinión es totalmente decisiva para la resolución que va a adoptarse. Sin embargo, tienen que entender la razón por la cual deben comparecer. En cuanto al peso que se debe dar a las manifestaciones realizadas por los niños, niñas y adolescentes que intervienen en el proceso, *“ el juez deberá ponderar todos los derechos en conflicto y, en ese sentido, la opinión del menor puede acabar no siendo determinante, pero la solución no pasa por banalizar el acto de la escucha al menor ni sus consecuencias, sino por hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego y que deben ser también consideradas en la adopción de una decisión”* (Defensor del Pueblo, 2014). La forma de escucha deberá adaptarse a la situación subjetiva de éste, así como a los requerimientos del concreto procedimiento que se esté sustanciando.

Es importante asimismo regular las comparecencias, que según establece el artículo 9 de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, *“se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad”*. Se recomienda que éstas sean llevadas a cabo mediante escucha directa, pero en caso de no ser posible, también podrá ser escuchado a través de un representante o de un órgano adecuado. Con respecto a la edad adecuada, se determina que se les escuchará siempre que sean mayores de 12 años, y en caso de ser menores, solamente si demuestra suficiente madurez psíquica; sin embargo, nada se dice sobre quién recae la tarea de valorar si tiene o no suficiente juicio.

Por otro lado, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia asegura *“la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto*

y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana”.

Este precepto recoge la imperiosa necesidad de promover la especialización de todos los operadores jurídicos que intervienen en el procedimiento de crisis familiar, petición en absoluto novedosa dado que desde diferentes ámbitos se reivindica desde hace muchos años. Sin embargo, no se establece el carácter preceptivo ni se introducen medidas adecuadas para la consecución de la especialización. La necesidad de una especialidad “*en derecho de la persona, protección de menores y familia, como requisito imprescindible para la adecuada realización de los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Niño es reclamada desde todos los ámbitos especializados*” (Ortuño, 2012). Según manifiesta el autor, en otros países como en Inglaterra, para poder ser juez de Familia, es necesario acreditar una experiencia de 15 años de carrera profesional como jurista y más de cinco años como juez en asuntos penales y económicos, además de una serie de cursos especializados en materia de orden público y derecho privado de familia.

De hecho, ya existen asociaciones de operadores jurídicos (Plataforma Familia y Derecho y la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), entre otros) que realizan una importante labor para el cumplimiento de este objetivo.

Pero más allá de la formación de las personas involucradas en el procedimiento, “dado que en este ámbito se produce una confluencia entre lo jurídico y otras disciplinas, debe señalarse la importancia a estos efectos de los equipos técnicos. Ahora bien, la organización de estos equipos —denominados comúnmente «equipos psicosociales»— no es uniforme ni, en varias zonas, específica para juzgados civiles, lo que induce a una heterogeneidad de enfoques, además de problemas para atender con agilidad la carga de trabajo” (AEAFA, 2020).

En el último Observatorio de Derecho de Familia publicado por AEAFA, en el año 2020, se puso de manifiesto el mal funcionamiento de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados, encargados de las entrevistas con los menores y su entorno familiar, y el retraso en los procedimientos que genera. Se exige por ello la creación de una normativa específica para regular el acceso a profesionales, otorgándoles una formación adecuada, así como la modificación del estatuto del Ministerio Fiscal con el objetivo de crear esta especialización dentro del Ministerio Público.

En lo relativo a la formación especializada que debe ofrecerse, además de un profundo conocimiento del proceso judicial, se debe incidir en una serie de habilidades comunicativas y emocionales para poder interactuar con los menores de edad y extraer la información necesaria evitando que suponga para ellos un trauma o una mala experiencia.

2.2. El derecho a considerar siempre el interés superior del menor por encima de cualquier otro interés (Observación General número 14, 2014)

La Constitución Española recoge en su artículo 39.4 que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. No cabe duda que los procedimientos judiciales de separación o divorcio influyen en la calidad de vida de los menores de edad, y la protección del interés superior del menor se convierte, o debería convertirse, en el eje de la resolución de estas situaciones por parte de todos los operadores jurídicos que intervienen en el mismo. La superioridad del principio supone la existencia de un interés objetivo que se encuentra por encima de los intereses subjetivos de los demás involucrados, ya sean instituciones estatales o los progenitores.

Estamos ante un concepto complejo, difícilmente definible; el contenido del mismo debe determinarse en cada caso concreto, según las circunstancias y necesidades específicas de cada NNA. Es un término “flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales” de cada menor implicado (García, 2017).

El proceso judicial, desde el punto de vista de protección al menor, “*presupone una familiarización con las estructuras administrativas de bienestar social, la actuación coordinada con los servicios sociales, la evolución de las medidas de apoyo a las familias, e incluso la coordinación con centros escolares y educativos, además de la incidencia de la intervención de trabajadores sociales*” (Ortuño, 2012).

Tradicionalmente, este concepto apenas se contemplaba en nuestra legislación, incluso podemos asegurar que este concepto “*ha suscitado muy poco interés. En todo, su protección ha estado fuera de las instituciones jurídicas*” (Ortuño, 2012), y lo que ha interesado han sido cuestiones como la filiación (por intereses hereditarios) y la tutela (por el control que los mayores podían ejercer sobre la disposición y administración de los bienes del menor de edad). Situación que ha cambiado en las últimas décadas, primándose su protección en varias jurisdicciones; una de ellas, en familia, por la repercusión negativa que los procedimientos judiciales acaban teniendo en ellos. Esto puede observarse en un amplio abanico de manifestaciones, como las interferencias parentales, luchas por la guarda y custodia, conflictos de lealtades, etc.

Este concepto (ISM), además de en nuestra Constitución, ya ha sido recogido por diferentes normas nacionales e internacionales, y vuelve a ser protagonista en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda modificada en los siguientes términos: Se modifica el primer párrafo del apartado 5 del artículo 2, que queda redactado como sigue: “*5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso*”. El artículo 46 queda

asimismo redactado del siguiente modo en el Proyecto: “[...] *Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.*”

2.3. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ningún tipo de violencia (Observación General 13, 2011)

Recoge la Observación General citada el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia y el respeto a preservar su mejor interés en todas las cuestiones que le afecten. En este sentido, debemos acomodar esta cuestión en dos aspectos fundamentales; (i) el ejercicio de una parentalidad positiva por parte de los progenitores, tanto en familia unida como separada y (ii) el no sometimiento del menor, en la medida de lo posible, al proceso judicial en los casos de crisis familiar, pues el mismo puede causar un fuerte impacto a nivel emocional y psicológico, a corto y largo plazo.

2.3.1. La necesidad de fomentar la parentalidad positiva

Por ello, el artículo 25 de la LOPIAFV recoge la obligación de promover el buen trato y el ejercicio de la parentalidad positiva. Se entiende por parentalidad positiva *“el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes”*.

Lógicamente, el trabajo se intensifica y se redobra cuando la parentalidad positiva debe ser ejercida en dos hogares distintos, y los progenitores ya separados deben tomar decisiones conjuntas que deben beneficiar al menor de edad que va a verse afectado por las mismas, encontrándonos en muchas ocasiones con que la comunicación entre ambos es nula o muy tóxica, y que son incapaces de llegar a acuerdos en beneficio de sus hijos. Por tanto, la gran cuestión que surge es, ¿es posible ejercer una parentalidad positiva en el núcleo de una familia separada?

El hecho de que una pareja haya decidido divorciarse de mutuo acuerdo no significa que lo hayan hecho amistosamente, sino que ante la insostenibilidad de llevar a cabo una vida en común no se ha encontrado otra salida que no sea la separación, nulidad o divorcio y deciden hacerlo de común entendimiento; pero reitero, esto no significa en absoluto que la relación sea cordial o amistosa, ni que pueda producirse acuerdo en todas las decisiones tomadas. Está suficientemente probado que el proceso de divorcio conlleva transformaciones sustanciales en la familia, y si no se gestiona dicho proceso de una manera positiva y adecuada, puede generar graves daños en los menores implicados.

ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA EN ESPAÑA: LOS DERECHOS DE LOS MENORES IMPLICADOS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA

Los hijos de padres divorciados tienen mayor riesgo de padecer problemas de salud física, alteraciones psicosomáticas, problemas de conducta internos como ansiedad o depresión, y comportamientos disruptivos o delictivos. Estos efectos psicoemocionales pueden acompañarlos durante toda la vida, desencadenando problemas de salud, tanto física como mental, en edades más avanzadas, si no se tratan desde edades tempranas. Existen asimismo conflictos de lealtades, inseguridades, o miedos a perder a uno de los progenitores, que pueden traducirse en cambios en el comportamiento y en el modo de relacionarse con su entorno.

La parentalidad positiva se organiza, dentro de la pareja ya separada, en una estructura compuesta por el buen trato en el que se promueve básicamente el apego y la frustración óptima, la promoción del desarrollo y la estimulación del desarrollo psicológico y la ecología potenciadora de la parentalidad, que consiste en un apoyo social que tiene en cuenta la tensión del sistema familiar.

Para otorgar una custodia compartida se tiene en cuenta que entre los progenitores exista una buena relación, que se torna imprescindible para poder ejercer una corresponsabilidad parental adecuada. La relación entre ambos se estudiará por el Juez, pero actualmente no se establece como requisito *sine qua non* para otorgar la guarda y custodia compartida.

No existe un listado de criterios para elegir como óptimo un régimen de guarda y custodia compartida. Sin embargo, los órganos judiciales incluso han propuesto en sus pronunciamientos decálogos sobre el buen ejercicio de esta modalidad, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4^o, de 24 de enero de 2013, que propone lo siguiente: *“Para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia compartida establecido en interés del menor se aconseja a los progenitores el cumplimiento del siguiente decálogo:*

1º Nunca desacredite a su excónyuge o pareja delante de sus hijos, ellos se sienten “parte de su padre” y “parte de su madre”, con lo que la crítica puede dañar su autoestima.

2º No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge o pareja. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.

3º Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.

4º Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su éx-cónyuge o pareja. Haga todo lo posible para estimular las visitas.

5º En cada paso de su divorcio o separación o ruptura de pareja de hecho, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.

6º Sus hijos pueden ser estimulados o actuar como su corresponsal en la casa de su excónyuge o pareja. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños”.

7º Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden

trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

8º Cumpla con sus obligaciones económicas, "alimentos" de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que, de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.

9º si usted es padre/madre responsable, y no está recibiendo los alimentos por parte del que tiene obligación, no traslade el enojo a sus hijos. esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y les pone en situaciones muy difíciles.

10º dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y escuela, tardarán mucho más en superar el trauma de separación o divorcio de sus padres."

En un clima de incomunicación y desavenencias, pueden extrapolarse los desentendimientos entre progenitores a los menores de edad, surgiendo las conocidas como interferencias parentales. El artículo 11.3. de la LO 8/2021 viene a negar la existencia del conocido como Síndrome de Alienación Parental (SAP). *"Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración"*. Este término fue acuñado por el psiquiatra Richard Gardner en los años 80, y viene a explicar el rechazo de un menor a comunicarse con uno de sus progenitores al producirse una ruptura familiar, por la manipulación que el otro ejerce en él. Desde diversos sectores se ha defendido la falta de rigor científico del concepto (CGPJ). Sin embargo, esta cuestión no puede servir para negar una realidad que se aprecia en los juzgados, que es la existencia de interferencias parentales. La jurisprudencia utiliza por tanto la expresión *"interferencias parentales"* para referirse a las conductas de un progenitor con el objetivo de deteriorar la relación con el menor de edad y generar rechazo hacia el otro progenitor. Estas conductas existen y se llevan a cabo por parte de ambos progenitores para lograr sus objetivos. Sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, 957/2020, de 4 de diciembre de 2020 (Ponente, María Dolores Planes Moreno): *"Acreditada la **alienación parental** de cada progenitor hacia cada hija y con la intención de no separar a las hermanas se otorga la custodia a la madre puesto que la relación de una de las hijas con el padre está rota, derivando a unidad a mediación"*.

2.3.2. El proceso judicial como maltrato al menor

En otro orden de cosas, algunos autores han considerado que el sometimiento de un menor a un proceso judicial en el que los padres pugnan por el reconocimiento de su posición puede llegar a ser considerado como un tipo de maltrato hacia ellos. En nuestra sociedad, muchos niños y niñas viven la ruptura familiar como un factor de riesgo. Los abogados que nos dedicamos al ámbito del Derecho de Familia velamos por el cumplimiento de la normativa, sin embargo, el sistema judicial está configurado de tal manera que resulta complicado salvaguardar el bienestar del menor en el proceso. Al proceso en sí se une la demora en la tramitación de los mismos, que introduce a los menores en una situación de estrés y tensión dilatada en el tiempo. No han sido pocos

los estudios relativos a las nefastas consecuencias en el desarrollo emocional, e incluso físico, que la crisis familiar incorrectamente gestionada genera en los menores de edad.

3. CONCLUSIONES

No es posible determinar el mejor interés del menor sin permitirle ejercer su derecho a ser escuchado, y a que sus opiniones sean tomadas en serio. La escucha al menor debe realizarse en un entorno no hostil, que reduzca su nivel de estrés y eliminando la dicotomía entre progenitor bueno- progenitor malo. No se puede obligar al menor de edad a elegir entre ambos progenitores, sino darle la opción de expresarse. Sin embargo, deberá sopesarse cuidadosamente el perjuicio que el sometimiento a esta intervención puede acarrear; los primeros que deben tener en cuenta su interés, antes que el juez que sustancia el procedimiento, son sus progenitores, aunque en ocasiones no son capaces de verlo.

Para una correcta determinación del mejor interés del menor en los procesos judiciales relativos a crisis familiares, es imprescindible que los operadores jurídicos que intervienen en el proceso cuenten con una especialización acreditada. Especialmente importante resulta la excelencia de los equipos psicosociales adscritos al Juzgado, que son los que, junto con el Juez, cuentan con la capacidad de comunicación directa con los menores y emiten dictámenes que van a ser claves para la toma de decisiones posteriores.

Los niños y niñas son el baluarte de nuestra sociedad, y por ello merecen la mayor protección. La ley analizada supone un paso importante por primar el reconocimiento de sus intereses, pero no ofrece medidas adecuadas ni concretas para proteger al menor en el transcurso del procedimiento judicial.

Considero imprescindible plantear la inserción en el ordenamiento jurídico de la figura del **abogado del menor**, existente en otros países. En Alemania, esta figura (*verfahrensbeistand*), está regulada en el artículo 158 del Código de Familia alemán, y tiene como objeto constatar el interés del menor y hacerlo valer en el procedimiento judicial. En Alemania, además, los abogados están especializados en derecho de familia, aunque no contar con esa acreditación no impide poder intervenir en estos procedimientos. Pero sí resulta una garantía al ciudadano, que puede conocer qué abogados cuentan con dicha especialización, igual que ocurre con otras materias. El abogado del menor interviene en procedimientos de custodia, patria potestad, tutela, nombramiento judicial de representante del menor... Una importante diferencia en comparación con los equipos psicosociales de España *“es que es el asistente quien se desplaza al domicilio familiar, al entorno de los niños, y no la unidad familiar la que se desplaza al juzgado para ser evaluada”*. (Winkels, 2018).

En lo relativo a las modificaciones previstas en la norma, concretamente las operadas en los artículos 94 y 156 del Código Civil, el hecho de que la mera interposición de la denuncia (sin que la misma deba ser confirmada) pueda suspender o limitar el régimen de visitas a uno de los progenitores puede transformarse en un arma peligrosa, que además vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución

Española. Todo detenido tiene derecho a un proceso penal justo, y en este caso, el inicio del mismo puede acarrear unas consecuencias nefastas en la futura relación con sus hijos. El Juez ya contaba anteriormente con la posibilidad de suspender un régimen de visitas si apreciaba que podía existir una situación del peligro para los menores de edad. Del mismo modo, no se especifica qué instituciones son validadas para emitir informes que pueden conllevar la suspensión del régimen. Estas instituciones tienen en su mano un arma de doble filo, por lo que deben contar asimismo con la acreditación suficiente, y estar constituidas por personas con formación especializada y libres de cualquier tinte político o ideológico.

Bibliografía

- AEFA (2020). *III Observatorio del Derecho de Familia*. Madrid: AEFA. Recuperado el 29 de mayo de 2021, de <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/12/IIIObservatorio-Derecho-de-Familia.pdf>, Madrid.
- Canturiense Santos, A. (2018). *Derecho de Audiencia y Voluntad del menor. Familia*. Madrid: Sepin.
- Defensor del Pueblo. (2014). *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor; revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Madrid: Defensor del Pueblo.. Recuperado el 2 de junio de 2021, de https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4351_d_menores_justicia_2014.pdf
- Del Rosal, P. (20/06/2021). Controversia por la reforma que suspende las visitas del padre si hay denuncia por violencia. *El Confidencial*. Recuperado el 20 de junio de 2021, de https://www.elconfidencial.com/juridico/2021-06-20/controversia-reforma-suspende-visitas-padre-denuncia_3140420/
- García García, N. (2017). *Normativa sobre el interés superior del menor*. Madrid: Sepin. Recuperado el 12 de mayo de 2021, de <https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor/>.
- García García, N., (08/04/2013). Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación. *Sepin*., Recuperado el 18 de junio de 2021, de <https://blog.sepin.es/2013/04/audiencia-y-exploracion-del-menor-un-derecho-no-una-obligacion/>
- Noticias Jurídicas (2021). Así será la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *Noticias Jurídicas*. Recuperado el 15 de junio de 2021, de <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16216-asi-sera-la-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA EN ESPAÑA: LOS DERECHOS DE LOS MENORES IMPLICADOS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA

- Ortuño Muñoz, P. (2021). El proceso judicial como maltrato al menor, en *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, pág. 190. Madrid: Dykinson.
- Winkels, I. (03/04/2021). *Así funcionan los Juzgados de Familia alemanes*. Confilegal. *Confilegal*. Recuperado el 20 de junio de 2021, de <https://confilegal.com/20160711-asi-funcionan-los-juzgados-familia-alemanes/>

Referencias legislativas y jurisprudenciales

- Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia. (2021), Recuperado el 15 de junio de 2021 en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-5.PDF
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. Recuperado el 20 de junio de 2021 en <https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/03/pdfs/BOE-A-2021-9233.pdf>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4^o, de 24 de enero de 2013, recuperado el 22 de junio de 2021 de <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b258e90942e56f1/20130611>
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3^a, de 11 de octubre de 2016, SP/SENT/873777, recuperado el 22 de junio de 2021 de [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-168471%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-168471%22]})
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2^a, 957/2020, de 4 de diciembre de 2020, recuperado el 22 de junio de 2021 de <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/17acb23535af7f4e/20210216>