
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Ricart González, Berta; Martínez Quirante, Roser, dir. Maltrato infantil y separaciones contenciosas : análisis de los mecanismos de seguimiento y coordinación de Servicios Sociales con la instancia judicial. Una visión interdisciplinar. 2024. (Grau en Administració i Direcció d'Empreses i Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303414>

under the terms of the  license

TRABAJO FINAL DE GRADO

GRADO DE ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y DERECHO



MALTRATO INFANTIL Y SEPARACIONES CONTENCIOSAS

**Análisis de los mecanismos de seguimiento y coordinación de
Servicios Sociales con la instancia judicial. Una visión
interdisciplinar**

Autor: Berta Ricart González

Tutora del TFG: Roser Martínez Quirante

Mayo 2024

“El derecho de Familia es la única jurisdicción que no sólo resuelve conflictos, sino que teje la red de seguridad que protege a nuestros menores e intenta reconstruir sus vidas”

Janet Reno

- Resumen -

El día a día en los juzgados de familia, supera con creces los ideales teóricos. El interés superior del menor, como principio rector en todos los procesos de familia, pasa por entender la custodia compartida como esa “*normalidad deseada*” que debe garantizarse y respetarse, siempre, que no exista conflictividad entre las partes que merezca ponderar otro régimen.

La instrumentalización del menor, entendido como el uso del hijo común como herramienta disruptiva para el otro progenitor, genera un riesgo e incluso una situación de desamparo según establece la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, dicha práctica, entiende el Departament de Benestar Social i Família en la Orden 331/2013 de 18 de diciembre, que puede constituir un indicador de maltrato intrafamiliar, comprendido en el artículo 153 del Código Penal.

Es una obviedad, que la problemática relacional familiar es de difícil abordaje y solución, la inexistencia de mecanismos de seguimiento ni de coordinación de la DEGAIA con la instancia judicial o fiscalía, hace que dichas situaciones de riesgo para el menor acaben en un fuego cruzado para atribuir una custodia, en la que se discute, lo que se conoce como “*idoneidad parental*”.

En el campo de la prevención, no existe ningún servicio profesional específico de atención a familias en proceso de separación, aunque diversos estudios apuntan a que “*es frecuente que los diferentes servicios de la red social detecten situaciones de riesgo como: conflictos y discusiones entre padres en el contexto escolar, aumento significativo de consultas al pediatra y/o denuncias por violencia ...*”

Es imperativo, reconocer que el litigio es adversarial, confronta y tensiona, si más cabe, a las partes. En los procesos de familia, es esencial alentar al estudio e implementación de nuevos abordajes en aquellas rupturas contenciosas. Pues un menor no puede ser un mero acto dispositivo objeto de discusión entre partes.

- Índice de abreviaturas -

CC: Código Civil

CCCat: Código Civil de Cataluña

CP: Código Penal

DEGAIA: Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència

EAIA: Equips d'atenció a la infància i l'adolescència

EATAF: Equip d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LDOIA: Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia

RAE: Real Academia Española

SS: Servicios Sociales

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

VIDO: Violencia sobre la Dona

- Índice

	Pagina
Resumen.....	2
Índice de abreviaturas.....	3
1. Introducción, objetivos y justificación de la investigación.....	5
2. Maltrato infantil en el ámbito intrafamiliar.....	7
2.1. Análisis terminológico del concepto de maltrato infantil intrafamiliar.....	7
2.2. las tipologías de maltrato; evolución e importancia del maltrato psicológico.....	10
3. Impacto en el desarrollo emocional y psicológico en los menores, procesos de separación y divorcio contenciosos; guarda y custodia en situaciones de alta conflictividad entre partes.....	16
4. La justicia terapéutica.....	21
5. Los equipos de atención a la infancia y la adolescencia; intervención perceptiva en situaciones de riesgo y desamparo.....	23
5.1. Marco normativo de las situaciones de riesgo.....	25
5.2. Marco normativo de las situaciones de desamparo.....	27
5.3. Indicadores y factores de protección a la infancia y adolescencia.....	29
6. Mecanismos de seguimiento y coordinación del equipo de atención a la infancia y adolescencia con la instancia judicial.....	32
7. Reorientación de la perspectiva jurídica en los procesos de familia. Analogía con el fenómeno de la revictimización del artículo 449 de la ley de enjuiciamiento criminal.....	36
8. Conclusiones	40
Referencias bibliográficas.....	43

1. Introducción, objetivos y justificación de la investigación

La problemática del maltrato infantil se manifiesta como un asunto de creciente preocupación en nuestra sociedad, evidenciando la necesidad de abordajes interdisciplinarios que permitan una comprensión profunda y una acción efectiva frente a este fenómeno. La vulnerabilidad de niños frente a diversas formas de violencia requiere de una intervención oportuna de equipos especializados. En este sentido, el presente estudio se centra en la exploración del concepto de maltrato infantil, la identificación de factores de riesgo y la evaluación de la necesidad de intervención de los servicios sociales en los procesos de separación, ruptura o divorcio contencioso.

La relevancia de este enfoque radica en la comprensión de que el maltrato infantil no sólo se limita a aquellas agresiones físicas o psicológicas directas, sino que también puede manifestarse en formas de negligencia y exposición a conflictos familiares¹.

La infancia y la adolescencia representan periodos críticos en el desarrollo del individuo, donde la exposición a experiencias traumáticas, como lo es el maltrato, puede tener consecuencias devastadoras a largo plazo. Estas pueden incluir dificultades en la regulación emocional, problemas de salud mental y dificultades en el establecimiento de relaciones saludables². Ante esta realidad, se hace imperativo generar conocimientos que permitan identificar y prevenir situaciones de riesgo, así como desarrollar estrategias de intervención efectivas que involucren la cooperación de diversos actores y disciplinas³. La interdisciplinariedad emerge como una estrategia clave en el estudio y abordaje de la

¹ Guaman, Y. E. A., Valverde, L. D. T., & Rodríguez, V. (2023). Prevención del maltrato infantil en niños de 3 a 5 años en el contexto estudiantil. *Boletín Científico Ideas y Voces*, 768-800. <https://doi.org/10.60100/bciv.v3ie1.44> (p. 3).

² Guaman, Y. E. A., Valverde, L. D. T., & Rodríguez, V. (2023b). Prevención del maltrato infantil en niños de 3 a 5 años en el contexto estudiantil. *Boletín Científico Ideas y Voces*, 768-800. <https://doi.org/10.60100/bciv.v3ie1.44>

³ Montoliu, C. G., Casas, M. A., Giménez-García, C., Gil-Llario, M. D., & Ballester-Arnal, R. (2023). Estudio exploratorio sobre maltrato infantil, regulación emocional y autoestima en una muestra de adolescentes en medidas judiciales. *INFAD*, 1(1), 237-246. <https://doi.org/10.17060/ijodaep.2023.n1.v1.2515>

problemática, promoviendo un enriquecimiento y transformación mutua entre los diferentes campos del derecho y en especial, la necesaria colisión entre del Derecho Administrativo y el Civil, con una mirada crítica y enfocada en la práctica jurídica que se vive diariamente en los Juzgados de Familia.

Este estudio, busca contribuir en la comprensión y al desarrollo de estrategias de prevención e intervención que protejan el bienestar y los derechos de la infancia y la adolescencia, por ser el menor, el interés más necesitado de protección, analizando transversalmente aquellas ramas de derecho que inciden directa o indirectamente con el trato a los menores.

2. Maltrato infantil en el ámbito intrafamiliar

Según el Instituto Internacional de la Infancia de París, el maltrato infantil se puede describir como: *“cualquier acto por acción u omisión realizado por individuos, por instituciones o por la sociedad en su conjunto y todos los estados derivados de estos actos o de su ausencia que priven a los niños de su libertad o de sus derechos correspondientes y/o que dificulten su óptimo desarrollo”*⁴.

En este sentido, cabe ponderar la ambigüedad y extensión que sufre el término, pero más aún cuando introducimos la palabra infantil junto al concepto referido.

Creo o quiero esperar, que la sociedad de hoy en día entiende la gravedad de una violencia o agresión: ya sea física ya sea psíquica, violencia, ejercida con voluntad y conocimiento de un ser humano hacia otro. Pero el concepto toma diferente perspectiva cuando hablamos de niños o adolescentes como intereses más necesitados de protección.

Ello, hace necesario diseccionar el término *“maltrato infantil intrafamiliar”*, antes de entrar en el objeto y materia del presente capítulo, para entender que limita este concepto: que excluimos, incluimos y el porqué.

2.1 Análisis terminológico del concepto de maltrato infantil intrafamiliar

En primer lugar, debemos analizar el concepto maltrato. Hablar de ello, implica necesariamente hacer una parada indispensable en el término de la violencia. *Se afirma que anualmente se producen más de un millón y medio de muertes violentas en diversos escenarios*⁵.

Todos asociamos dicha expresión con unas consecuencias físicas, incluso algunos podemos apreciar el bagaje emocional y psicológico que deja necesariamente este acto y

⁴ Rodríguez, M. R. (2016). Intervención con menores maltratados físicamente en el ámbito intrafamiliar desde una mirada socio jurídica. *Vlex*, 333-352. <https://www.torrossa.com/en/resources/an/3165420>

⁵ Wallace, H. (1995). *Family Violence: Legal, Medical, and Social Perspectives*. <http://ci.nii.ac.jp/ncid/BB05029780>

hasta podemos entender, que no hace falta ninguna bofetada para que exista dicha violencia.

La violencia, es un abuso de poder, intencional y dirigido. Según Mao Zedong, líder político y revolucionario chino del S.XX , “*el poder surge del cañón de un fusil*”. Congrego, a medias, con esta filosofía. Evidentemente, el rol de poder que asume un ser humano hacia otro facilita el uso de la violencia, en tanto que como sociedad, damos poder al gobierno, incluso delegamos el uso de la violencia a la policía, dentro del *status quo* de la familia hay evidentemente y necesariamente unos roles de poder, padres e hijos, incluso patriarcalmente e históricamente se atribuía un poder del hombre hacia la mujer. No obstante, creo firmemente que la violencia aparece cuando el poder peligra⁶.

El maltrato surge, cuando decae el poder y el individuo, que antes tenía o creía tenerlo, lo ejerce con violencia, este acto u omisión que puede ser, físico, psíquico o económico genera un daño real al individuo que se encuentra en una situación de sumisión e indefensión hacia el otro. ⁷

Por ello y en segundo lugar debemos delimitar el concepto Intrafamiliar, el artículo 153 del Código Penal regula el maltrato en el ámbito familiar como “*el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada*

⁶ Wallace, H. (1995). *Family Violence: Legal, Medical, and Social Perspectives*. <http://ci.nii.ac.jp/ncid/BB05029780>
<https://apuntesfilosoficos.cl/hannah-arendt-poder-y-violencia/>

⁷ Fernandez, A. G. R. (2019). VIOLENCIA INTRAFAMILIAR y COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES: MENORES y ANCIANOS. APUNTES DESDE UN ENFOQUE INTERDISCIPLINAR. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 19. <https://doi.org/10.25115/ridj.v0i19.2196>

de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”⁸.

Cabe hacer una oportuna consideración al termino a una “*análoga relación de efectividad o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”, ello no hace más que pretender, entre otras análogas figuras, una remisión directa al interés más necesitado de protección que son los menores y por ello de especial vulnerabilidad y protección que son hijos de las partes, y en este caso sujeto pasivo del tipo delictivo.

Dicho tipo, es de referir que solo admite la modalidad dolosa, ello dado a la naturaleza de los elementos que requiere el delito: habitualidad, relación parental o de efectividad, el dolo debe abarcar, por tanto la relación parental que se describe en el precepto, es decir, el sujeto activo, progenitor o progenitora, en el caso concreto, ha de saber y querer maltratar a su hijo.⁹

Cabe aducir, por tanto, que la acción de maltrato se desarrolla en el más estricto ámbito de la intimidad, como lo es el domicilio familiar, consecuencia de lo antedicho es la falta de prueba, por ello, es preciso valorar según señala la Sala del Tribunal Supremo en su sentencia 275/2007 de 13 de septiembre de 2007 , Rec.11338/2006, la necesidad de la corroboración de datos periféricos y en “*cualquier caso, la inexistencia de estos datos no puede ser interpretada como una circunstancia de incredibilidad objetiva de las manifestaciones de la víctima en torno al maltrato (...) de las que fue objeto.*”¹⁰

Hecho que debemos ponderar y tener en cuenta no solo en un ámbito penal sino que, también es necesario en el momento de la valoración de una situación de riesgo de un menor, ya sea en un ámbito de familia o en un ámbito administrativo y en concreto a la intervención de los servicios sociales como muleta de apoyo al sistema judicial,

⁸ conceptosjuridicos.com. (2021, 10 junio). *Artículo 153 del Código Penal*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-153/>

⁹ Bien jurídico lesionado art 153 CP : Cuadrado, A., & Requejo, C. (s. f.). EL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL AMBITO FAMILIAR: ARTICULO 153 DEL CODIGO PENAL. ugr.es. Recuperado 2 de diciembre de 2023,. (s. f.). *Universidad de Gerona*.

recordando la necesidad que la administración sea próxima al ciudadano y por ello se adeque y colabore para garantizar el bienestar.

Podemos definir un estado, como una *sociedad territorial jurídicamente organizada, con poder soberano, que persigue el bienestar general*¹¹, se desprende de ello, una responsabilidad institucional ineludible que pasa por garantizar el bienestar social. El bienestar, entendido como el “*conjunto de cosas necesarias para vivir bien*”¹² requiere, necesariamente, destinar una parte elevada de recursos públicos, para atender y procurar para con los ciudadanos y ello en aras de velar por una sociedad democráticamente equitativa y justa.

Corolario de lo anterior, es la definición del maltrato infantil intrafamiliar como cualquier acción u omisión, sea de índole física o psíquica, que ocasiona un grave perjuicio a un menor que se halla en una posición de subordinación e indefensión ante otro miembro de la familia, produciéndose dicho acto en el más estricto ámbito de la intimidad y considerando los actos periféricos como elemento esencial en la constatación e intervención ante una situación de riesgo para el menor.

2.2 Las tipologías de maltrato; evolución e importancia del maltrato psicológico

En la sociedad actual, la problemática del maltrato ha adquirido un reconocimiento notable, evidenciando la necesidad de comprender sus diversas tipologías, siendo el maltrato psicológico una de las formas más complejas y difíciles de identificar. Este tipo de maltrato, a diferencia del físico, no deja marcas visibles, lo que complica su detección y tratamiento¹³.

¹¹ Del Moral, A. T., & Verdú, P. L. (1977). Curso de Derecho Político. *Revista Española de la Opinión Pública/Revista Española de la Opinión Pública*, 49, 171. <https://doi.org/10.2307/40182596>

¹² Asale, R.-., & Rae. (s. f.). *bienestar* | *Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la Lengua Española» - Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/bienestar>

¹³ De Heredia, M. P. L. (2023). Maltrato Infantil y desarrollo psicomotor en niños de 5 años: Revisión Sistemática. *Revista de Climatología*, 23, 1887-1893. <https://doi.org/10.59427/rcli/2023/v23cs.1887-1893>

El maltrato psicológico hacia los niños y adolescentes en la familia se ha identificado como una de las tipologías de maltrato infantil más dañinas, pero al mismo tiempo, una de las más difíciles de abordar debido a sus características particulares ¹⁴. En este sentido, la Asociación Internacional para la Prevención del Abuso y Negligencia Infantil define el maltrato psicológico, como el fracaso en proporcionar un entorno adecuado para el desarrollo emocional y cognitivo del niño¹⁵.

En el sistema jurídico español, se ha avanzado en la elaboración de instrumentos específicos para la valoración de la gravedad del maltrato psicológico. Un ejemplo de ello es el Instrumento Balora, desarrollado en la Comunidad Autónoma Vasca, que incluye escalas referidas al maltrato psicológico elaboradas tras una revisión de criterios e instrumentos previos¹⁶.

El instrumento Balora¹⁷, valora la gravedad de situaciones de riesgo y desamparo mediante una escalera numérica de riesgos que va desde la no existencia hasta la gravedad muy elevada, concluyendo si el menor se encuentra en una situación de riesgo o desamparo que faculte a los Servicios Sociales una actuación enfocada a la gravedad y la situación del menor, como es de ver en la tabla que se acompaña.

¹⁴ Admin. (2023, 21 septiembre). *Maltrato Infantil y desarrollo psicomotor en niños de 5 años: Revisión Sistemática* | *RClimatol*. <https://rclimatol.eu/2023/09/21/maltrato-infantil-y-desarrollo-psicomotor-en-ninos-de-5-anos-revision-sistemica/>

¹⁵ Ad Admin. (2023, 21 septiembre). *Maltrato Infantil y desarrollo psicomotor en niños de 5 años: Revisión Sistemática* | *RClimatol*. <https://rclimatol.eu/2023/09/21/maltrato-infantil-y-desarrollo-psicomotor-en-ninos-de-5-anos-revision-sistemica/> p. 1, (2011)

¹⁶ Admin. (2023, 21 septiembre). *Maltrato Infantil y desarrollo psicomotor en niños de 5 años: Revisión Sistemática* | *RClimatol*. <https://rclimatol.eu/2023/09/21/maltrato-infantil-y-desarrollo-psicomotor-en-ninos-de-5-anos-revision-sistemica/> p.16

VALORACIÓN DE LA GRAVEDAD DE SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO: HOJA-RESUMENNOMBRE, APELLIDOS Y EDAD DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE:
NOMBRE Y APELLIDOS DEL PROFESIONAL:FECHA:
SERVICIO:

	Sin información	No existe o No indicios	Sospecha (*)	Riesgo leve (*)	Gravedad moderada	Gravedad elevada	Gravedad muy elevada														
1.- MALTRATO FÍSICO																					
• Maltrato físico																					
2.- NEGLIGENCIA																					
• Negligencia necesidades físicas																					
o Alimentación																					
o Cuidado de la salud física																					
o Vestido																					
• Higiene personal																					
o Condiciones higiénicas vivienda																					
o Estabilidad y condiciones de habitabilidad de la vivienda																					
• Negligencia necesidades de seguridad																					
o Seguridad vivienda y prevención riesgos																					
o Supervisión																					
o Protección ante desprotección grave perpetrada por otras personas																					
• Negligencia necesidades formativas																					
• Negligencia necesidades psíquicas																					
o Interacción y afecto																					
o Estimulación																					
o Atención problemas emocionales graves																					
o Normas, límites y transmisión valores morales positivos																					
3.- ABUSO SEXUAL																					
• Abuso sexual																					
4.- MALTRATO PSÍQUICO																					
• Maltrato emocional																					
• Instrumentalización en conflictos																					
• Exposición a situaciones de violencia																					
• Amenazas de agresión física																					
5.- ABANDONO																					
• Abandono																					
6.- INCAPACIDAD PARENTAL DE CONTROL DE LA CONDUCTA DEL NIÑO, NIÑA ADOLESCENTE																					
• Incapacidad parental de control de la conducta del niño, niña o adolescente																					
7.- OTRAS																					
• Maltrato prenatal																					
• Trato inapropiado																					
o Privación deliberada de comida y agua																					
o Confinamiento o restricción física																					
o Expulsión o negación de la entrada al domicilio																					
• Corrupción																					
• Mendicidad																					
• Explotación laboral																					
8.- OTRAS SITUACIONES ESPECÍFICAS QUE CONSTITUYEN RIESGO GRAVE O DESAMPARO																					
• Antecedentes de desprotección grave perpetrada por el padre, la madre o personas que ejercen la tutela o guarda																					
• Graves dificultades personales en el padre, la madre o personas que ejercen la tutela o guarda																					
• Imposibilidad temporal o definitiva del padre, la madre o personas que ejercen la tutela o guarda para cumplir los deberes de protección																					
• Menor Extranjero no Acompañado (MENA)																					
OTRA INFORMACIÓN RELEVANTE A CONSIDERAR PARA CALIFICAR EL NIVEL DE GRAVEDAD DEL CASO (colaboración activa, conciencia de problema, motivación de cambio, otros)																					
<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div> VALORACIÓN GLOBAL DEL NIVEL DE GRAVEDAD </div> <table border="1"> <thead> <tr> <th>SIN INFORMACIÓN</th> <th>NO RIESGO</th> <th>SOSPECHA</th> <th>RIESGO LEVE</th> <th>RIESGO MODERADO</th> <th>RIESGO GRAVE</th> <th>DESAMPARO</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> </tbody> </table> </div>								SIN INFORMACIÓN	NO RIESGO	SOSPECHA	RIESGO LEVE	RIESGO MODERADO	RIESGO GRAVE	DESAMPARO							
SIN INFORMACIÓN	NO RIESGO	SOSPECHA	RIESGO LEVE	RIESGO MODERADO	RIESGO GRAVE	DESAMPARO															
ACTUACIÓN A SEGUIR (Incluir Declaración administrativa de Riesgo o Desamparo si fuera pertinente)																					

Ilustración 1: Instrumento Balora

No debemos obviar, que de per se, el maltrato que se produce en el hogar se realiza en el “*mas estricto ámbito de la intimidad*” provocando una falta de prueba que se hace más evidente aún si no se producen marcas. En palabras de Moreno Caterna “*la prueba es la actividad esencial en el proceso, pues justifica y fundamenta la resolución judicial que decide el litigio*”, sin embargo, autores como Bentham, Bonnier y Ricci, consideran que el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad, advertía Muñoz Conde, que dicha afirmación debía de relativizarse, puesto que, en un Estado de Derecho esta búsqueda encuentra su límite en el propio ordenamiento jurídico, es decir, en todas aquellas garantías que impone y deben respetarse. Si bien es cierto, que ahora, doctrinalmente no se habla de verdad sino de certeza judicial, ello no deja más que entender y concluir que debemos buscar una forma de vehiculizar aquellas situaciones que vulneren un bien jurídico protegido, como es el que protege el artículo 153.2 del Código penal, a pesar de que estas acciones se produzcan a puerta cerrada.¹⁸

¹⁸ Las corroboraciones periféricas del testimonio de la víctima de violencia sexual. (s. f.). vLex. <https://vlex.es/vid/corroborationes-perifericas-testimonio-victima-939241699>

En este sentido la STS 3374/2021 de la Sala Segunda del Tribunal supremo destaca una serie de características del maltrato habitual a lo largo de 27 reglas que fija bajo lo que denomina “*el abecedario del maltrato habitual*”¹⁹.

El maltrato habitual, incluido el psicológico, atenta contra el bien jurídico de la **pacífica convivencia entra personas vinculadas por lazos familiares o por aquellas relaciones de convivencia o análoga relación de efectividad**, como podrían ser, obvio es, los hijos.

Continúa la Sentencia afirmando, que la “*única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado es en muchas ocasiones es el testimonio de la víctima*”, ello y desde el punto de vista de esta autora, genera por un lado una presunción de culpabilidad al reo y por otro, una obligatoriedad de forzar a una víctima a enfrentarse a un proceso largo y tedioso que acaba con una declaración frente a su victimario. Claro está, que el tribunal, se mueve siempre, bajo la valoración de la prueba y la sana crítica del juzgador, pero, si socialmente aún no somos del todo conscientes de los límites del maltrato psicológico, ¿será la sana crítica de un juez, suficiente para condenar o absolver?

Dicho lo cual, huelga decir, que el alto tribunal, plantea nueve puntos de comportamientos que delimitan la figura de “maltrato habitual”:

1. “*Mediante el maltrato habitual se ejerce un clima de "insostenibilidad emocional" en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto.*
2. *Mediante el maltrato habitual el autor de este delito ejerce y pone de manifiesto el mensaje que pretende trasladar a los miembros del núcleo familiar mediante una subyugación psicológica que pone de manifiesto mediante el ejercicio de la violencia.*

¹⁹ Cgjpj. (s. f.). *El Tribunal Supremo analiza las características del maltrato habitual en el hogar, cómo se ejerce, como afecta a la víctima y sus consecuencias* | CGPJ | Poder Judicial | Tribunal Supremo | Noticias Judiciales. @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-analiza-las-caracteristicas-del-maltrato-habitual-en-el-hogar--como-se-ejerce--como-afecta-a-la-victima-y-sus-consecuencias>

3. *El maltratador habitual desarrolla, así, con su familia un mensaje claro y diáfano de la que podríamos denominar jerarquización de la violencia familiar”.*
4. *En los casos de maltrato habitual que se prolonga a lo largo del tiempo puede haber concreción, o no, de fechas, y puede ser difícil que la víctima o víctimas las recuerden con detalle, ya que pueden referir el estado permanente del maltrato, pero en la mayoría de los casos se trata de una conducta repetitiva, lo que no provoca indefensión.*
5. *Con el maltrato habitual se ejerce un ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia", a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo "sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto", resultando incluso indiferente que algunos de tales actos hubieren sido ya enjuiciados.*
6. *El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar.*
7. *En el maltrato habitual puede que el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos.*
8. *El retraso en denunciar la víctima los actos de maltrato habitual no pueden ser tenido en cuenta para minimizar la credibilidad de la declaración de la víctima por las propias características de este tipo penal en el que el silencio de las víctimas se manifiesta como una de las más relevantes, lo que agrava el resultado lesivo emocional y físico de las víctimas al final de este recorrido de maltrato.*
9. *La relación de "sometimiento psicológico" que provoca el maltrato, y que puede plasmarse en secuelas graves psíquicas, determina la paralización de tomar decisiones libres a la víctima, ya que la víctima no es consciente de que esté siendo victimizada, porque la dominación y subyugación del autor del delito de maltrato permite conseguir que la víctima no pueda salir del ciclo de la violencia habitual que ejerce el autor.”*

Huelga decir, que el maltrato habitual dentro del ámbito familiar, incluido el psicológico, crea un clima insostenible que se fundamenta mediante el uso principal de la violencia verbal con el objetivo, es decir, la voluntad, de “dominar” a los miembros de la familia. El daño constante y prologado en el tiempo genera una situación de indefensión e incluso de incertidumbre.

Las secuelas que provoca son incontables, pero sobre todo paraliza la capacidad de la víctima de tomar decisiones, perpetuando el ciclo de violencia, situando a la parte pasiva en una situación de vulnerabilidad extrema.

La atención creciente hacia el maltrato psicológico refleja una evolución en la comprensión de las formas de maltrato y subraya la importancia de seguir desarrollando herramientas y estrategias para su identificación y tratamiento efectivo dentro del sistema jurídico-social.

3. Impacto en el desarrollo emocional y psicológico en los menores, procesos de separación y divorcio contenciosos; guarda y custodia en situaciones de alta conflictividad entre partes ²⁰

El divorcio o la separación es en sí mismo es un conflicto, no debemos obviarlo, la conflictividad es latente y es un factor clave en los procesos de familia. Las etapas del duelo: negación, ira, negociación, depresión y aceptación, llevan implícitas una reticencia hacia el otro, es natural y no es controlable.

La teoría de la mediación anglosajona, cuna y herencia de nuestras técnicas, explicaban mediante la teoría de los sombreros de Edward Bono una posible solución a una situación de ruptura. Bono, entendía, que todos, a lo largo de nuestro día a día, nos ponemos distintos sombreros, yo, soy estudiante, becaría, hija, hermana, jugadora, quizás el lector de este trabajo es, jurista, madre, padre, esposo... en el momento que se rompe una unión marital se tiene el conflicto como pareja y este debe quedar suscrito al sombrero, a quienes somos, como pareja y no como padres. Si bien, claro está, que ello, no son más que elucubraciones y la praxis jurídica nos hace ver que la realidad es que las salas de familia están colapsadas.

¿Qué sucede entonces, cuando las partes no logran identificar su sombrero y el divorcio se convierte en una batalla?, análogamente, podríamos hacer mención del cambio jurisdiccional y legislativo que reconoce al menor como *víctima directa en el escenario de la violencia de género*. ²¹

La promulgación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOVG), determinaba en su exposición de motivos que “*Las situaciones de violencia sobre la mujer afecta también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directa o*

²⁰ Guía de Criterios de actuación Judicial en materia de custodia compartida. (2020). *Vlex*.

²¹ Lefebvre. (2022, 10 junio). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales*. El Derecho. <https://elderecho.com/proteccion-menor-casos-violencia-genero-relaciones-paterno-filiales>

indirectas de esta violencia”. Este marco normativo supone un cambio de paradigma y un reconocimiento del daño inferido, no como sujeto pasivo, sino como espectador y es que, en situaciones de conflictividad originadas por la violencia de género, debe intervenir la autoridad judicial, modulando las relaciones familiares en detrimento del progenitor que ejerce el maltrato. Facultando el artículo 61 y siguientes de la LOVG suspender al inculpado por violencia de género del ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de visitas.

Si el legislador y nuestros tribunales entienden, que hay un nexo causal entre el maltrato psicológico, de un menor espectador, inferido de un, sujeto activo, hombre hacia un, sujeto pasivo, mujer, ¿porque no puede darse un perjuicio hacia un menor cuyos padres están en un proceso de ruptura de alta conflictividad, con peleas constantes y reciprocas? si precisamente, un divorcio, es una situación conflictiva, cuya base, es la existencia de discordancia entre las partes.

La LOVG, garantiza un sistema de apoyo social, tanto a la víctima como a su hijo, es un derecho de la misma y una obligación de la administración contar con los medios adecuados para garantizar esta asistencia. Sin entrar a ponderar la obvia necesidad y la especial gravedad de situaciones penales que revisten el concepto de maltrato, lo cierto es, que en el tema que nos ocupa, existe un mínimo común denominador, el menor, hijo de las partes, quien padece las consecuencias de un clima tóxico dentro de su propio hogar, sin que exista un apoyo administrativo conjunto en aquellas situaciones de conflicto en un proceso de ruptura.

Es más, ¿qué sucede si se instrumentaliza la figura del menor en un divorcio para lograr, por ejemplo, una custodia exclusiva a favor de uno u otro progenitor a fin de lucrarse de una pensión de alimentos?, ¿Qué sucede si este abuso, este maltrato, lo realiza la madre hacia el padre?, ¿Qué sucede si ambos progenitores tienen una relación totalmente tóxica y recíprocamente conflictiva?, ¿no debería ponderarse el interés del menor y no el género del maltratador?

Creo importante ponderar en este punto, que es lo que en una situación de “normalidad” se entiende como óptima para preservar el interés del menor , en este sentido, la recopilación de criterios de la Sala Primera del Tribunal Supremo en recursos por interés casacional y en procedimientos de tutela civil de los derechos fundamentales de enero de

2017²², sustentaba reiteradamente, que *“el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”* y así lo advertía y afirmaba en la STS 154/2012 de 9 de marzo, con cita de la STS 579/2011 de 22 de junio y 578/2011 de 21 de junio.

Doctrinalmente, entiende el tribunal, que la guarda y custodia compartida es el sistema deseable, en cuanto dicho régimen pretende aproximarse, según se comprende en la STS de 30 de mayo de 2016, *“al modelo existente antes de la ruptura y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos”*.

Prosigue la sentencia explicando que con el régimen de guarda y custodia compartida:

- a) *“se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.*
- b) *Se evita el sentimiento de pérdida*
- c) *No se cuestiona la idoneidad de los progenitores*
- d) *Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”*

El concepto de coparentalidad, que se refiere a la capacidad de los padres para colaborar y cooperar en la crianza de sus hijos, se ve seriamente afectado en contextos de alta conflictividad. Una buena relación coparental requiere que los padres colaboren con un objetivo común, que es el bienestar y desarrollo de sus hijos. Sin embargo, el conflicto interfiere en el ejercicio de la coparentalidad, y una relación entre los padres conflictiva puede crear un entorno emocional adverso para los menores. Por ello en la STS de 25 de abril de 2015 la sala primera entendía que *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la*

²² Cgpj. (s. f.-b). *Recopilación de criterios de la Sala Primera en recursos por interés casacional y en procedimientos de tutela civil de los derechos fundamentales. Año 2017* | CGPJ | Poder Judicial | Tribunal Supremo | Actividad del TS | Estudios. @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Estudios/Recopilacion-de-criterios-de-la-Sala-Primera-en-recursos-por-interes-casacional-y-en-procedimientos-de-tutela-civil-de-los-derechos-fundamentales--Ano-2017>

adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Puntualiza la sala, que un entendimiento no es un “*acuerdo sin fisuras*” entre los progenitores, sino que debe prevalecer “*una **actitud razonable** y en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo*” y por ello, no procede la custodia compartida en supuestos de violencia, aunque esta no se enmarque en la prohibición explícita del artículo 92.7 del Código Civil o el artículo 233-11.3 del Código Civil de Cataluña, que determinan ambos lo que sigue:

“Art 233-1.3 CCCat.- En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal”

Dicho lo cual, es de referir que, la alta conflictividad en las separaciones y divorcios es un factor de riesgo significativo para el bienestar emocional y psicológico de los menores involucrados. La conflictividad parental, especialmente cuando es intensa y sostenida, afecta profundamente el desarrollo de los hijos e hijas, generando desajustes emocionales, conductuales y escolares. Este impacto negativo se extiende a todas las etapas de la vida de los menores, desde la infancia hasta la adultez, afectando su capacidad para establecer relaciones sanas y estables en el futuro ²³

²³ Guedes, D. D. (2022). SEPARACIÓN PARENTAL: HUELLAS MNÉMICAS DE LOS FENÓMENOS FÁCTICOS DISRUPTIVOS EN LOS DIBUJOS DE NIÑOS. *Revista de Psicología(Estado de México)*, 11(22), 26. <https://doi.org/10.36677/tpsicologia.v11i22.17726>

Ello es así, que la presencia de conflictos severos y no resueltos entre los padres, marcados por la agresión, la hostilidad y el menosprecio, no solo prolonga el conflicto, sino que también dificulta su resolución, creando un ambiente emocionalmente inseguro e inestable para el desarrollo de los niños²⁴.

Por ello, debe institucionalizarse y crear vías paralelas entre una situación de separación con conflictividad y una administración que pondere la situación real de las partes, si nos fijamos y sin ánimo de entrar en valoraciones propias de la autora, toda la legislación que regula el que como y donde de los hijos en un divorcio, gira entorno a los progenitores, establece el artículo 233-11 del Código Civil de Catalunya, los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda y pondera: la vinculación de los hijos con los **progenitores**, la aptitud de los **progenitores**, la actitud de los **progenitores** para cooperar, el tiempo que ha dedicado cada uno de los **progenitores**, los acuerdos de los **progenitores**, quizás, lo que debería ponderarse es el garantizar unas herramientas, un apoyo y asistencia de los servicios sociales para con los padres y preservar , así, la custodia compartida como esa “normalidad” deseada.

²⁴ Cáceres, C. (2023). NIÑOS y NIÑAS INVISIBLES: LOS MALOS TRATOS EN EL DIVORCIO DESTRUCTIVO. *Deleted Journal*, 59-82. <https://doi.org/10.29260/dfyt.2023.54c>

4. La justicia terapéutica ²⁵

David Wexler, distinguido profesor de Derecho de la Universidad de Arizona, acuñó el término de justicia terapéutica para estudiar “*el rol de la ley como agente terapéutico*”, enfocando su estudio en como afectaba la aplicación de la legislación en el aspecto emocional y psicológico de la población²⁶.

Wexler considera la legislación como una fuerza social cuya aplicación produce “*comportamientos y consecuencias*”, estas resultas pueden ser, claro está, *terapéuticas o antiterapéuticas*”. Lo interesante de esta visión es que se centra en la ley en acción, es decir, cuando hay una aplicación efectiva de la legislación reglada, no es una interpretación sino una “*fotofinish*” una vez se aplica esta normal.

Un ejemplo aplicativo de la justicia terapéutica es el artículo de la Profesora Janet Weinstein ²⁷, que provee un exhaustivo análisis de los procedimientos que involucran el establecimiento de la guarda y custodia de los hijos. Weinstein definía los procedimientos contenciosos como adversariales, yo, quizás los definiría como un símil a una partida de ajedrez, el contrario, blancas o negras, mueve sus piezas, en los procesos de familia cada adversario coloca sus prioridades y preferencias en posiciones estratégicas, así, para uno el uso del domicilio familiar puede ser un mero peón de cambio, la pensión de alimentos un arfil y la custodia de sus hijos la reina del juego.

Cuando hay dos jugadores o como diría Weinstein, dos adversarios en un proceso de separación, el propio proceso, nos alienta a encontrar la peor parte del otro progenitor, sacarlo a relucir y ejemplificar lo terrible que es el padre o la madre, porque se subsume a un mero adversario. Es curioso, pararse a pensar, como la propia legislación promueve este hecho, pues, tenemos la obligación como parte de un proceso, de probar aquello que alegamos, es decir, buscar pruebas que desacrediten a nuestro contrario.

²⁵Wexler, D., & Winick, B. J. (1996). *Law in a therapeutic key : developments in therapeutic jurisprudence*.

²⁶ 2 David B. Wexler & Bruce J. Winick, *Law in Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* xvii (1996)

²⁷Janet W. (s. f.). Never the twain shall meet: the best interest of children and the adversary system. *Miami L. Rev.*

Precisamente, lo que la justicia terapéutica evalúa, es la repercusión de esta constante discusión y como la confluencia de posturas “*pueden en si mismas influir en el curso de la recuperación*” y ya no hablamos de los progenitores, sino de la necesidad de ver más allá de lo que sucede en sala o en el transcurso del divorcio y es que situar a cada padre en una posición de adversario, de enemigo, genera una perpetuación del conflicto, que afecta innegablemente, a los hijos comunes de las partes.

En uno de los primeros juicios que acudí como espectadora, la jueza, en medio del interrogatorio de la progenitora, nuestra contraria, quien llevaba 6 meses sin dejar que el padre se acercara a su hija de tan solo 10 meses, le dijo, algo parecido como “*¿usted no se da cuenta que llegará un día que ambos van a ser abuelos?*” y creo que es una reflexión que hila muy bien con el concepto de justicia terapéutica, porque, intenta extrapolar el conflicto actual, padre, madre, a un futuro, abuelos de un nieto o nieta y la perspectiva cambia totalmente, porque dejan de convertirse en rivales.

Lo que fomenta esta doctrina, es precisamente la sugerencia de enfocar los pelitos ya sean de familia o penales desde lo que, Wexler, denomina como “*proceso de auto-responsabilidad cognitiva como parte y carga de la sentencia*”²⁸ y lo que pretende, es que la propia parte pruebe sus habilidades e identifique sus carencias proponiendo opciones para suplirlas, análogamente Christine Knott, extrapolaba este proceso auto responsable en materia penal y decía en su artículo *The STOP Programme: Reasoning and Rehabilitation in a British Setting* que “*Si el sujeto tiene voz, presumiblemente el cumplimiento de esta condición será mejor, porque no será el juez quien imponga sino el sujeto quien proponga*”.

²⁸ Christine K, The STOP Programme: Reasoning and Rehabilitation in a British Setting, en McGuire, nota 84. (s. f.). McGuire.

5. Los equipos de atención a la infancia y la adolescencia; intervención perceptiva en situaciones de riesgo y desamparo

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, constituye un hito en la evolución legislativa de España en materia de protección de menores.

Esta norma se inscribe en un contexto de renovación y adaptación del marco jurídico a las nuevas realidades sociales y las necesidades emergentes de niños, niñas y adolescentes, garantizando así una mayor y mejor protección de sus derechos fundamentales. La normativa se orienta hacia la creación de un sistema legal coherente que aborda en su integridad los derechos de la infancia, partiendo de los principios establecidos en los acuerdos internacionales ratificados por España, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹.

Uno de los aspectos más relevantes de la mencionada legislación es la clarificación y diferenciación entre las situaciones de riesgo y desamparo³⁰. Estas categorías son esenciales para determinar el tipo y la intensidad de la intervención protectora de las administraciones públicas.

Establece el Artículo 99 de la LDOIA que la competencia en materia de riesgo y desamparo es la Administración Local estipulando su obligada intervención si detecta una situación de riesgo de un niño o adolescente que se encuentra en su territorio. Así mismo, se estipula una obligación general de denuncia al ciudadano y o profesional, comprendido en el artículo 100 del mismo texto normativo y una tramitación perpetuada del expediente de riesgo que deberá permanecer abierto “*hasta que finalice la actuación protectora o en*

²⁹ Alcaide, C. V. (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-41. <https://doi.org/10.30827/acfs.v49i0.3276>

³⁰ Luis, R. L. S. (2023). La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 7(2), 47-100. <https://doi.org/10.7770/rchdep-v1n2-art1052>

todo caso hasta la mayoría de edad, a excepción, de los expedientes asistenciales” como suscribe el artículo 101.

Así, mientras que el desamparo se refiere a circunstancias en las que el desarrollo integral del menor se encuentra gravemente afectado, justificando una intervención más intensiva que puede incluir la asunción de la tutela por parte de la Administración, las situaciones de riesgo se caracterizan por la probabilidad de que el desarrollo integral del menor pueda verse afectado negativamente, lo que exige una intervención preventiva y de apoyo antes de que la situación se agrave ³¹.

Bismarck a finales del siglo XIX ideó el estado del bienestar moderno, este se sostenía gracias al principio de contribuidad, es decir, yo destino parte de mi sueldo a financiar un sistema para que este, garantice unos servicios mínimos a través de un conjunto de intervenciones que fomenten una mejor calidad de vida. Ello hila muy bien al quid de la cuestión con lo aquí planteado, el principio de proximidad de la administración pública, también regulado en el artículo 3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de el Régimen Jurídico del Sector Público, debe entenderse no solo como una obligación de transparencia o claridad, sino de actuación efectiva por parte de la administración.

A fin de cuentas, legislar en materia de riesgo y desamparo, no es más que establecer lo que ahora podríamos denominar como “red flags”, que deben ponderarse y evidentemente, dar una resolución institucional al respecto, esta actuación por parte de la administración se traduce necesariamente en inversión económica y obviamente deben racionalizarse pues el presupuesto es un número clausus con fecha de caducidad. Abordar esta necesidad y la falta de recursos abanderados por la necesidad de aumentar la cotización del ciudadano, creo, es un error.

A sensu contrario, la prevención de estas situaciones permite reducir significativamente este coste, a modo ejemplificativo, en materia de riesgo, una de las situaciones enmarcadas es, precisamente, la instrumentalización del menor en los procesos de

³¹ Luis, R. L. S. (2023). La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 7(2), 47-100. <https://doi.org/10.7770/rchdep-v1n2-art1052>

separación, si se automatiza una evaluación de la situación familiar y el riesgo real de los menores una vez iniciados los procedimientos, se permitiría poder intervenir previamente a que estallara el conflicto. Análogamente podríamos identificar dicha situación como un desahucio, ahora, la legislación exige, previo consentimiento del ocupante de la vivienda, un estudio de su vulnerabilidad y una mediación previa al conflicto, ello genera que la administración pueda actuar preventivamente y no una vez esta persona se quede sin techo, dejando de lado las apreciaciones sobre dicha materia, considero que es mucho más eficiente por parte de la administración poder identificar la situación real de sus habitantes que actuar a golpe de presupuesto apagando fuegos.

5.1 Marco normativo de las situaciones de riesgo

El artículo 102.2 del Capítulo segundo de la Ley Orgánica 14/2010, identifica como situaciones de riesgo y a tenor literal de lo vertido en el artículo que sigue:

- a) *La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente.*
- b) *La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.*
- c) *La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico o emocional sobre el niño o el adolescente que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.*
- d) *Las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del niño o el adolescente.*
- e) *La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo y el abandono escolar.*
- f) *El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente.*

- g) *La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.*
- h) *Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas.*
- i) *Cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente.*

Una vez constatada la situación de riesgo, determina el Artículo 103.1 de la LDOIA que los servicios sociales competentes, deberán valorar la existencia de dicha situación y promover “*las medidas y los recursos de atención social y educativa que permitan disminuir o eliminar la situación de riesgo buscando la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda*”. Establece el apartado tercero del precepto que de perpetuarse la situación de riesgo se elevara el informe a los Servicios Sociales especializados en infancia y adolescencia, es decir, la EAIA, proponiendo el establecimiento de las medidas oportunas en forma de compromiso socioeducativo para con los progenitores. Como método coercitivo, la administración establece que la falta de colaboración de los progenitores implicará el inicio del correspondiente procedimiento de desamparo.

El artículo 104 de la LDOIA atiende a las medidas de atención social y educativa ante las situaciones de riesgo, a tenor literal de lo vertido, se pueden establecer este decálogo de posibilidades:

- a) *La orientación, el asesoramiento y la ayuda a la familia. La ayuda a la familia incluye las actuaciones de contenido técnico, económico o material dirigidas a mejorar el entorno familiar y a hacer posible la permanencia del niño o el adolescente en el mismo.*
- b) *La intervención familiar mediante el establecimiento de programas socioeducativos para los progenitores, tutores o guardadores con la finalidad de que alcancen capacidades y estrategias alternativas para el cuidado y la educación de sus hijos o del niño o el adolescente tutelado.*

- c) El acompañamiento del niño o el adolescente a los centros educativos o a otras actividades, y el apoyo psicológico o las ayudas al estudio.*
- d) La ayuda a domicilio.*
- e) La atención en centro abierto y otros servicios socioeducativos.*
- f) La atención sanitaria, que incluya la intervención psicoterapéutica o el tratamiento familiar, tanto para los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda, como para el niño o el adolescente.*
- g) Los programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar.*
- h) La asistencia personal para los progenitores, tutores y guardadores con diversidad funcional que les permita asumir sus obligaciones de atención y cuidado de los niños y los adolescentes.*
- i) La asistencia personal para los niños y los adolescentes con diversidad funcional que les permita superar la situación de riesgo.*
- j) Cualquiera otra medida de carácter social y educativo que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo.*

5.2 Marco normativo de las situaciones de desamparo

Se consideran como situaciones de desamparo, aquellas que recoge el artículo 105 de la LDOIA:

- a) El abandono.*
- b) Los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de esas personas.*
- c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación.*

- d) *El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente.*
- e) *El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercuta gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente.*
- f) *El suministro al niño o al adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica realizado por las personas a las que corresponde la guarda o por otras personas con su conocimiento y tolerancia.*
- g) *La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución por parte de las personas encargadas de la guarda, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica.*
- h) *La desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada.*
- i) *La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo*
- j) *La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones.*
- k) *Las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad.*
- l) *Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral.*

Así la resolución de declaración de desamparo comporta, según se desprende del artículo 109 de la LDOIA, la asunción con carácter inmediato de las funciones tutelares sobre el menor, implicando la inmediata suspensión de la potestad parental o tutela ordinaria y aquellos derechos derivados y siempre que exista previamente resolución administrativa

o judicial que faculte la adopción de tales medidas. Así mismo, atendiendo al desamparo y el perjuicio ocasionado al menor, como interés más necesitado de protección, podrá el organismo competente incluso peticionar la privación de la potestad parental.

La extrema gravedad que reviste el termino de desamparo permite en aras al artículo 110 de la LDOIA establece que el órgano competente de la Generalidad en materia de infancia, los Servicios Sociales especializados y básicos la asunción de medidas cautelares siempre que se requiera a modo ejemplificativo comprendido en el apartado 3 del precepto, una intervención urgente que revista de necesidad la separación del núcleo familiar previa resolución judicial o administrativa.

Huelga decir, que, en el precepto mencionado, deberá escucharse al adolescente y o niño con el raciocinio y conocimiento suficientes, así como a sus progenitores.

5.3 Indicadores y factores de protección a la infancia y adolescencia³²

Creo primordial hacer especial mención a la orden del “*Departament de Benestar Social i Família 331/2013 de 18 de diciembre*” por las que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes, así, en dicha regulación se engloban, aquellos indicadores y factores de protección y de pronóstico que identifican un acto como un potencial tipo de maltrato ejercido hacia un menor a cargo.³³

Huelga decir, que de los más de 1000 indicadores que recoge la orden 331/2013 debe hacerse especial mención a dos indicadores de desamparo aquí tratado, siendo lo mismos la “*instrumentalizar al niño o adolescente y/o lo implicación en conflictos familiares y la conflictividad importante en la pareja*” respectivamente.

Al hilo de lo antedicho, debe hacerse mención a la única directriz 1/2018 de la DEGAIA, por la cual se aprueban los criterios para la intervención administrativa en situaciones de

³² Orden BSF / 331/2013, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes. (s. f.).

³³ Massaneda, T. P. I., & Carrié, M. S. (2019). Intervención en protección infantil con familias separadas en conflicto. *Revista de Psicopatología y Salud Mental del Niño y del Adolescente*, 34, 77-89. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7993452>

conflicto familiar en la atribución de la guarda judicial de los hijos en los supuestos de separación, nulidad, divorcio o ruptura de pareja de hecho.

En este sentido, deben identificarse dos supuestos, el primero, cuando existe resolución judicial previa, se reconoce en la directriz 1/2018 que *“los Servicios Sociales tienen que informar al juzgado competente y a la fiscalía de menores de la necesidad de cambio de guardador”*, a sensu contrario, determina la DEGAIA que *“los Servicios Sociales o la EAIA comunicarán al órgano judicial que conozca del procedimiento de separación, nulidad, divorcio o ruptura de pareja de hecho, la existencia de un procedimiento administrativo de riesgo y las circunstancias y la valoración del mismo”*.

Sea como fuera, hay una clara inhibición de la DEGAIA a la instancia judicial, en cuanto subsume su responsabilidad a un mero informe, no vinculante y que deberá ponderarse en base, claro está, a la sana crítica de SS^a, así, entiende la institución, no puede proceder a la aplicación de una situación de desamparo por cuanto, aunque se recojan como formas de maltrato la conflictividad entre los progenitores y la instrumentalización del menor, la separación del núcleo familiar no es una medida deseable pudiendo incluso agravar dicho sufrimiento para con el menor.

Es una obviedad, que la problemática relacional familiar es de difícil abordaje y solución, la inexistencia de mecanismos ni de seguimiento ni de coordinación de la DEGAIA con la instancia judicial o fiscalía, hace que dichas situaciones de riesgo para el menor acaben en un fuego cruzado para atribuir una custodia, en la que se discute, lo que se conoce como *“idoneidad parental”* así el progenitor mas *“capaz”* deberá ostentar la custodia como medida de compensación con el menos *“capaz”* y atribuyendo al informe de Servicios Sociales una arma de doble filo para aquel progenitor que se declare *“vencedor”*.

En el campo de la prevención, tal como aduce la Fundación Orienta, no existe ningún servicio profesional específico de atención a familias en proceso de separación y si bien, *“es frecuente que los diferentes servicios de la red social detecten situaciones de riesgo como: conflictos y discusiones entre padres en el contexto escolar, aumento significativo de consultas al pediatra y/o denuncias por violencia ...”* debe actuar fiscalía y/o la

instancia judicial oportuna para determinar las medidas preventivas para que estas sean eficaces.³⁴

³⁴ Massaneda, T. P. I., & Carrié, M. S. (2019). Intervención en protección infantil con familias separadas en conflicto. *Revista de Psicopatología y Salud Mental del Niño y del Adolescente*, 34, 77-89. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7993452>

6 Mecanismos de seguimiento y coordinación del equipo de atención a la infancia y adolescencia con la instancia judicial.

Cabe aducir, que es frecuente, en situaciones de alta conflictividad entre las partes, que los órganos judiciales establezcan en sus resoluciones, sentencias o autos, medidas de intervención social. Este hacer, se sustenta principalmente para implementar mecanismos útiles y eficaces, pretendiendo garantizar un entorno seguro a los menores, hijos comunes de las partes implicadas en un procedimiento contencioso.

En línea de lo expuesto, me gustaría poder citar un caso reciente de un cliente del despacho:

“Dos progenitores, incursos en un procedimiento de divorcio de alta conflictividad, con dos menores de corta edad a su cargo, llevan unos 5 años separados de facto sin sentencia ni resolución previa, a pesar de lo antedicho, siguen un régimen ordinario de semanas alternas y extraordinario por mitad, el domicilio familiar constituye piso nido, nunca ha habido ningún tipo de problema. En el mes de agosto de 2023 inician la primera mitad del mes con el progenitor paterno, transcurre con normalidad las vacaciones y a 15 de agosto, una vez finalizado el periodo paterno, recibe el padre una denuncia por maltrato habitual a sus hijos, se dicta Auto cuyas medidas penales constituyen en una orden de alejamiento y de comunicación y las Civiles derivan en la atribución de la custodia exclusiva, el uso del domicilio familiar y la consecuente pensión de alimentos a favor de progenitora materna.

Se inicia un procedimiento de medidas y nosotros somos la parte demandada, en la vista, se consigue probar las intenciones de progenitora de lucrarse económicamente del proceso y la voluntad de marcharse sin el consentimiento del padre del país. Claro está, que tal como establece el CCCat, con un procedimiento penal abierto, prohíbe, en este caso, a la juzgadora, atribuir la custodia exclusiva o compartida a favor de aquel progenitor incurso en un proceso penal, en el Auto de medidas, se fija como consecuencia y en aras al principio de inocencia y a la sana crítica de la jueza quien consideró oportuno a fin de garantizar el interés superior, establecer un régimen de visitas diario a través del punto de encuentro familiar.”

Con este ejemplo, pretendo señalar, que si bien de oficio puede el juez otorgar ciertas garantías que precisen de los servicios sociales a cargo de la EAIA, no existe a sensu contrario, un sistema de apoyo paralelo que se active automáticamente al iniciarse un proceso contencioso con tal conflictividad, es inaudito, que se pueda utilizar a un menor como un peón dentro de una partida de ajedrez y no exista nadie que al menos supervise dichas situaciones, que también y quedan emparadas, como es de ver en el ejemplo expuesto, en supuestos de riesgo o desamparo.

A pesar de lo antedicho, merece mención expresa el **Punto de Encuentro Familiar**. Según define la Comisión Inter autonómica de directores y Directoras General de la Infancia y Familias de 13 de noviembre de 2008³⁵, se define como un “*Recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que la relación de los menores con algún progenitor o miembro de su familia se encuentra interrumpido o es de difícil desarrollo*”. Dicha intervención, tendrá siempre un carácter temporal y se desarrollará en un ámbito neutral e imparcial, tiene como objetivos principales, favorecer el cumplimiento del derecho del menor a mantener el contacto con ambos progenitores, así como la familia extensa, prevenir situaciones conflictivas en el cumplimiento del régimen de visitas y orientar y apoyar a los progenitores para que consigan presidir del servicio, siempre bajo el marco de lo que establezca el juez que dicta dicha medida.

Como brazos rectores de las salas de familia y aunque no sea un recurso social, creo importante señalar la figura del Equip d’Assessorament Tècnic en l’Àmbit de Família (EATAF) o SATAF, el cual, da respuesta a peticiones judiciales con el objetivo de facilitar el momento de la toma de decisión de los jueces de familia. Dicho servicio, coopera con los Juzgados de Primera Instancia de Familia, los mixos de Instancia e Instrucción, Violencia sobre la Dona (VIDO) y las Audiencias Provinciales, encontrándose enmarcados en cada demarcación provincial, cuya regulación se encuentra

³⁵ Documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar. (s. f.). *ministerio de educación, política social y deporte*.

sustentada en la disposición adicional 6ª y 7ª, apartado quinto, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña y en el artículo 92.9 del Código Civil.³⁶

El EATAF, emite un informe de carácter psicosocial no vinculante, aunque influye sustancialmente a la decisión de SSª, en este informe, que no deja de ser una pericial, se concluye qué progenitor tiene una mayor idoneidad para ostentar y procurar para con su hijo que será quien deberá, a criterio del equipo de asesoramiento técnico, ostentar la guarda del menor o menores comunes de las partes.

Así, el EATAF³⁷, evalúa indicadores como: **el aferro**, entendido como el vínculo efectivo del hijo con aquellas personas que se ocupan de él y que le dan una estabilidad emocional; la **alianza parental**, es decir, la implicación efectiva de ambos progenitores en la crianza de los hijos; **la crisis del extraño**, patología característica en menores de 6 a 8 meses de edad que se externaliza con la inseguridad frente a terceras personas no cuidadoras; la **conductas disruptivas**, que operan como indicadores clave del estado de un menor y que se externalizan a modo de, caída del rendimiento escolar, peleas, no parar quieto y/o rabietas y **conflicto intraparental, de lealtades, comunicación disfuncional o el Gatekeeping**.

Así, creo importante puntualizar el termino de Gatekeeping, en este sentido, la Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2006, pivota en la necesidad del “*ejercicio de la coparentalidad positiva en la ruptura de pareja*” y la necesidad que “*los progenitores se respeten y reconozcan la importancia del otro en la crianza de los hijos e hijas, que interaccionen constructivamente, que sepan comunicarse de manera fluida y eficaz, que expresen voluntad de acuerdo y asunción responsable de*

³⁶Normativa en relació amb l'Equip d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família (EATAF). (s. f.). *Generalitat de Catalunya Departament de Justícia Secretaria de Relacions Amb L'Administració de Justícia*.

³⁷ GLOSSARI DE TERMES EMPRATS a L'EQUIP D'ASSESSORAMENT TÈCNIC EN L'ÀMBIT DE FAMÍLIA (EATAF). (s. f.). *Generalitat de Catalunya Departament de Justícia Secretaria de Relacions Amb L'Administració de Justícia*.

la parentalidad en igualdad de condiciones.”³⁸ El concepto de gatekeeping tal y como definen Austin y Rappaport, corresponde al “conjunto de creencias, actitudes y comportamientos que cada progenitor mantiene sobre la relación de su hijo/a con el otro progenitor”, de esta manera cada uno de los progenitores, respectivamente, puede situar en una posición peyorativa o de alabanza al otro, dicha actuación y comportamiento tiene una influencia directamente proporcional a la situación de riesgo del menor.

Este concepto, es de suma importancia en la adopción, ya no solo del informe final de EATAF, sino en las medidas de guarda que fijará un juez, petitionará un abogado y aprobará un fiscal, ello es así que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que los tribunales deben “*asumir con independencia de lo que determine la norma jurídica, la cual siempre debe ser respetada, todos/as los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados/as, peritos, policía, etc) deben de procurar que sus intervenciones tengan efectos terapéuticos*”.

La necesidad de entrelazar los equipos de intervención social con la instancia judicial y tomar en especial consideración los criterios orientativos des del punto de vista psicosocial, como podrían ser los emanados por el Punto de Encuentro o el EATAF, es crucial. En este sentido, la Guía de criterios del Consejo General del Poder Judicial en materia de custodia compartida, determina, que atender al punto de vista psicológico y la realidad social de cada familia faculta a “*la viabilidad y éxito de la alternancia en las estancias de los hijos menores con ambos progenitores en los supuestos de falta de acuerdo*”, por ello, establecer que tipo de **gatekeeping** se produce en el ámbito intrafamiliar, es fundamental para reducir, pero sobre todo prevenir el riesgo del hijo común de las partes en un proceso de separación.

³⁸ Editorial Jurídica Sepín. (2022, 16 septiembre). Guía de criterios del CGPJ en materia de custodia compartida. *Familia y Sucesiones*. <https://blog.sepin.es/2020/07/guia-cgpj-custodia-compartida>

7 Reorientación de la perspectiva jurídica en los procesos de familia. Analogía con el fenómeno de la revictimización del artículo 449 de la ley de enjuiciamiento criminal.

De nuestro ordenamiento jurídico se desprende la tendencia a subsumir un tema a una jurisdicción concreta y aunque, de una situación se puedan derivar distintas ramas, cada una de ellas se tratará a ojos de cual fuera la jurisdicción competente en materia. Ello claro está, permite simplificar y diseccionar una problemática. En muchos casos, este ejercicio es positivo y necesario, pero no nos permite apreciar el bagaje e información que el contexto nos aporta.

El interés más necesitado de protección, que es el hijo común de las partes, obliga a todos los operadores jurídicos a ponderar las circunstancias individuales de cada caso, preservando la figura de este menor a cargo y en definitiva su derecho al bienestar y correcto desarrollo.

El menor, no podemos obviar que forma parte de la, quizás, inevitable adversidad de los progenitores una vez iniciado un proceso de ruptura, porque no nos engañemos, la conflictividad existe en todos los procedimientos que se subsumen bajo el contexto de derecho de familia y aunque estos no lleguen a una vía contenciosa, evidentemente hay una rivalidad entre los padres de este niño. Es humano que así sea.

Según la RAE, *“una víctima, es cualquier persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”*. En la jurisdicción penal, se entiende como victimización primaria aquella consecuencia derivada de la comisión de un delito, y un delito es aquella acción, pero también comisión, dolosa, pero también imprudente, ¿quizás estamos obviando que el menor asume un rol de víctima?

Una víctima implica un victimario y aunque los progenitores podrían parecer los primeros “investigados”, creo que sería una completa equivocación considerarlos “culpables”. El ordenamiento jurídico, permite y fomenta la instrumentalización del menor y lo hace desde el momento que la carga probatoria la asumen los progenitores en contra del otro, en el momento que la guarda de un hijo puede ser un hecho controvertido y objeto de valoración de un tercero y que la misma implique una pensión de alimentos a favor del progenitor “vencedor”.

Si nos paramos a pensar, donde vaya el niño va, con carácter general, una pensión de alimentos y un derecho de uso del domicilio familiar y evidentemente, tiene una razón de ser, el menor necesita satisfacer unas necesidades. Pero, ¿somos capaces de diferenciar como progenitores nuestros intereses de los del hijo?, quizás es una cuestión que no deberíamos plantearnos y deberíamos atender más al contexto psicosocial que al económico de las partes.

¿Estamos revictimizando a este menor?, la victimización secundaria, es la respuesta que da el sistema ³⁹ a una víctima, perpetuando la situación traumática y asumiendo permanentemente este rol, *no como sujeto pasivo de un delito, sino de la incompreensión de un sistema, análogamente se podría asimilar a la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional que afirma que los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como «una auténtica ordalía»; No se trata sólo de la obligación jurídica de rememorar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento*⁴⁰

Así, la praxis consciente e inconsciente de gatekeeping disruptivo contra el otro progenitor, incluso la obtención de pruebas en contra el otro y la invención del que muchas veces es un relato absolutamente destructivo hacia el otro padre, hace que el menor se utilice como un mero instrumento o moneda de cambio en el proceso, así, al igual que sucede con la revictimización de los menores en delitos de agresiones sexuales, nuestro ordenamiento permite, aunque se encuadre dicha situación de instrumentalización en una situación de riesgo de cara a la DEGAIA, perpetuar este conflicto, en cuanto la guarda exclusiva del menor, implica aun rédito económico a favor del progenitor custodio.

³⁹ Revictimización: ¿qué es y qué sucede en el caso de los abusos a menores? (2020, 30 noviembre). Save The Children. <https://www.savethechildren.es/actualidad/que-es-revictimizacion>

⁴⁰ (vid., entre otras, TC SS 174/2011, de 7 nov (LA LEY 211655/2011), y 57/2013, de 11 de mar (LA LEY 14867/2013)).

La prueba preconstituida comprendida en el Artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite la practica de prueba anticipada y según aduce la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo 745/2010 de 17 de junio se evita con ello “ *los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores*”.

El convenio Europeo de Derechos Humanos y en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “*Przydzial v. Polonia*” observa que las disposiciones pertinentes del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea (apartados 29 a 32 supra) contienen recomendaciones sobre el procedimiento penal, en particular con miras a tener en cuenta la vulnerabilidad particular de las víctimas menores durante el proceso y a impedir que el niño sufra un nuevo perjuicio como resultado de la investigación.⁴¹

Lo que aquí se plantea, no debe entenderse como un fomento a la exploración del menor y la necesidad de dar voz a la figura de este interés más necesitado de protección, que también, sino a la necesaria intervención preventiva y de acompañamiento de servicios sociales que midan el termómetro de riesgo en cada momento. Liberar de la responsabilidad de los padres de probar que tan perjudicial es el otro y borrar de la ecuación decisiva al menor como objeto más que repartir. Así, partiendo de la idoneidad de la custodia compartida evaluar externamente posibles entornos tóxicos, porque de existirlos serían latentes, hacer partícipes los interventores sociales como pediatras, educadores, trabajadores sociales, permitiría advertir con más evidencias una situación de riesgo para poder adaptar a favor de uno u otro el régimen de custodia, pero debemos

⁴¹ *Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales.*

https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4slAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf8l8GYwkSzd20CXNcYzRht0VWzgG1-psOW3-fUVbwUN66JPef6W8TXQVsOyC59czJYymbInTdolpVzKCc4Hm5dO2qs6glYpxZAtd3dhpQlnaAxxnR3nYdBIWjAcq0La7nSkLX35wDR4lcBowP_4G52CcGq33_qv_6M1KuSgAf8FTEjJL8Mu3Sh58lxc2-UVPoOnlpAy_YTlfn5uhiujlLOl498ZG7SMK7TFScs_cG95ZJXTzAAAAWKE

dotar al sistema de un método eficaz que vaya más allá del hacer de dos progenitores adversarios.

8. Conclusiones

Llevo dos años trabajando con una abogada especialista en matrimonial y penal. El día a día en el despacho, es duro, las realidades con las que te topas, superan en creces los ideales y ríos de tinta que emanan de las doctrinas, jurisprudencia y legislación, sobre todo en los temas de familia con menores.

En una ruptura, siempre hay dos versiones de los hechos, dos verdades. Quizás nadie tiene razón y a veces ambos la tienen, la clave es diseccionar los intereses y ponderar las posiciones de las partes, ¿Qué puedo renunciar para conseguir lo que quiero?, cuando una pareja no logra atender a esta reflexión, se traduce en conflictividad y la moneda de cambio, son los hijos.

La instrumentalización del menor en los procesos judiciales es una situación de riesgo para el mismo, comprendida en la LDOIA, la perpetuación de dicha situación se considera, según el artículo 104 de dicha legislación, una situación de desamparo. El protocolo de la DEGAIA, aduce, que cual fuera la situación clasificada como desamparo, se traducirá siempre en una asunción inmediata de medidas provisionales y una rescisión temporal de la guarda y custodia, incluso de la potestad parental, hasta que no se normalice dicha situación, ello, se da en todas y cada una de las situaciones a excepción de la instrumentalización del menor y la conflictividad parental recíproca entre los progenitores, añadido recíproca, porque si este clima de conflicto se produjera únicamente por parte del progenitor hacia la progenitora, las medidas que se articularían sería en detrimento del padre no solo para con la madre sino que también con el menor y así lo establece la LOVG.

Ello, se sustenta, en un parecer jurisprudencial y doctrinal, de que el interés del menor pasa por crecer con ambas figuras, la relación materno y paterno filial, debe prevalecer porque son la guía para este niño, es la “*normalidad deseada*”. Entonces, si la solución no es retirar el contacto con los progenitores, deberíamos enfocarnos en eliminar, de la ecuación, la situación de conflicto entre los padres en una situación de ruptura, separación o divorcio.

El litigio, es adversarial, confronta las partes. La carga de la prueba, actual, hace latente la necesidad de articular tu relato en base a lo “mal padre” y/o “mala madre” que es tu

contrario. Hace unos meses, la Juez del Juzgado de Primera Instancia nº4, paró el interrogatorio de la madre y le dijo algo parecido a “*si quiere el domicilio familiar, no hace falta denunciar al padre, me lo pide a mí y yo ya decidiré, ya que uds. Se ve que no pueden ser padres y exmaridos a la vez*”, a pesar de congregar totalmente con las palabras de SS^a, creo firmemente que el problema no era la madre que estaba siendo interrogada, ni el padre que escuchaba absorto el relato de la que fue su mujer, los operadores jurídicos tenemos parte de responsabilidad, los abogados, como dirección letrada tienen o debería tener la obligación de apaciguar el conflicto, no de perpetuarlo y mucho menos de generar rivalidades entre partes.

Es obvio, que se instrumentaliza al menor en una ruptura contenciosa, creo que a veces, es hasta necesario para ganar un pleito, en muchas ocasiones, se pierde el contexto social externo. Y no podemos obviar que, en las salas de familia se divide por mitades el patrimonio marital y se permite que se litigue para partir también a estos menores.

De aquí, que se derive la imperiosa necesidad de prevenir y dotar de herramientas a estas familias, porque de la detección precoz de una situación de riesgo, también permite adoptar medidas que realmente interesen al hijo y si dada la situación debe ponderarse una custodia exclusiva, que así sea, pero no puede ni debe ser un derecho dispositivo de las partes el repartirse al hijo común. El sistema judicial, debe valerse también de la administración y en concreto los servicios sociales como muleta de apoyo de cualquier procedimiento contencioso de divorcio.

En el ámbito del derecho de familia y en especial, los supuestos contenciosos, es crucial la búsqueda de una sentencia efectiva y equilibrada. La justicia terapéutica, propone que el individuo, participe activamente en la construcción de su sentencia, en los casos de crisis familiares, se podría plantear un supuesto similar.

El artículo 217 de la LEC impone la obligación al actor de “*probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda*”, pero ¿qué pasaría si se invirtiera la carga de la prueba? Si cada parte expone y demuestra sus limitaciones, tales como horarios laborales poco flexibles, distancia geográfica, dificultades para establecer un hogar cercano al núcleo de sus hijos... se facilitaría la identificación de soluciones que respeten los intereses de todas las partes, pero en especial la de los menores.

Es imperativo reconocer que las carencias de un progenitor no los convierten automáticamente en malos padre o madres, sino que estas, representan oportunidades para encontrar respuestas adecuadas y constructivas que se recojan, con posterioridad, por una sentencia, ello claro está, con un apoyo y una valoración paralela del riesgo de esta menor efectuada por los servicios sociales.

- Referencias bibliográficas -

Admin. (2023, 21 septiembre). *Maltrato Infantil y desarrollo psicomotor en niños de 5 años: Revisión Sistemática* | *RClimatol*. <https://rclimatol.eu/2023/09/21/maltrato-infantil-y-desarrollo-psicomotor-en-ninos-de-5-anos-revision-sistematica/>

Alcaide, C. V. (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-41. <https://doi.org/10.30827/acfs.v49i0.3276>

Arruabarrena, I. (2011). Maltrato Psicológico a los Niños, Niñas y Adolescentes en la Familia: Definición y Valoración de su Gravedad. *Intervención Psicosocial/Intervención Psicosocial*, 20(1), 25-44. <https://doi.org/10.5093/in2011v20n1a3>

Asale, R.-., & Rae. (s. f.). *bienestar* | *Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la Lengua Española» - Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/bienestar>

Bien jurídico lesionado art 153 CP: Cuadrado, A., & Requejo, C. (s. f.). EL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL AMBITO FAMILIAR: ARTICULO 153 DEL CODIGO PENAL. ugr.es. Recuperado 2 de diciembre de 2023,. (s. f.). *Universidad de Gerona*.

Cáceres, C. (2023). NIÑOS y NIÑAS INVISIBLES: LOS MALOS TRATOS EN EL DIVORCIO DESTRUCTIVO. *Deleted Journal*, 59-82. <https://doi.org/10.29260/dfyt.2023.54c>

Cgpj. (s. f.-a). *El Tribunal Supremo analiza las características del maltrato habitual en el hogar, cómo se ejerce, como afecta a la víctima y sus consecuencias* | CGPJ | Poder Judicial | Tribunal Supremo | Noticias Judiciales. @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-analiza-las-caracteristicas-del-maltrato-habitual-en-el-hogar--como-se-ejerce--como-afecta-a-la-victima-y-sus-consecuencias>

Cgpj. (s. f.-b). *Recopilación de criterios de la Sala Primera en recursos por interés casacional y en procedimientos de tutela civil de los derechos fundamentales. Año 2017* | CGPJ | Poder Judicial | Tribunal Supremo | Actividad del TS | Estudios. @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Estudios/Recopilacion-de-criterios-de-la-Sala-Primera-en-recursos-por-interes-casacional-y-en-procedimientos-de-tutela-civil-de-los-derechos-fundamentales--Ano-2017>

Christine Knott, The STOP Programme: Reasoning and Rehabilitation in a British Setting, en McGuire, nota 84. (s. f.). *McGuire*.

conceptosjuridicos.com. (2021, 10 junio). *Artículo 153 del Código Penal*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-153/>

De Heredia, M. P. L. (2023). Maltrato Infantil y desarrollo psicomotor en niños de 5 años: Revisión Sistemática. *Revista de Climatología*, 23, 1887-1893. <https://doi.org/10.59427/rcli/2023/v23cs.1887-1893>

Del Moral, A. T., & Verdú, P. L. (1977). Curso de Derecho Político. *Revista Española de la Opinión Pública/Revista Española de la Opinión Pública*, 49, 171. <https://doi.org/10.2307/40182596>

DOCUMENTO MARCO DE MÍNIMOS PARA ASEGURAR LA CALIDAD DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR. (s. f.). MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL y DEPORTE.

Editorial Jurídica Sepín. (2022, 16 septiembre). Guía de criterios del CGPJ en materia de custodia compartida. *Familia y Sucesiones*. <https://blog.sepin.es/2020/07/guia-cgpj-custodia-compartida>

Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales. (s. f.). https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAA_AAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GYwkSzd20CXNcYzRht0VWzgG1-psOW3-fUVbwUN66JPef6W8TXQVsOyC59czJYymbInTdoIpVzKCc4Hm5dO2qs6glYpxZAtdd3dhpQlnaAxnR3nYdBIWjAcq0La7nSkLX35wDR4lcBowP_4G52CcGq33_qv_6M1KuSgAf8FTEjJL8Mu3Sh58Icx2-UVPoOn1pAy_YTlfn5uhiuj1LOl498ZG7SMK7TFScs_cG95ZJXTzAAAAWKE

Fernandez, A. G. R. (2019). VIOLENCIA INTRAFAMILIAR y COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES: MENORES y ANCIANOS. APUNTES DESDE UN ENFOQUE INTERDISCIPLINAR . *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 19. <https://doi.org/10.25115/ridj.v0i19.2196>

GLOSSARI DE TERMES EMPRATS a L'EQUIP D'ASSESSORAMENT TÈCNIC EN L'ÀMBIT DE FAMÍLIA (EATAF). (s. f.). *Generalitat de Catalunya Departament de Justícia Secretaria de Relacions Amb L'Administració de Justícia*.

Guaman, Y. E. A., Valverde, L. D. T., & Rodríguez, V. (2023a). Prevención del maltrato infantil en niños de 3 a 5 años en el contexto estudiantil. *Boletín Científico Ideas y Voces*, 768-800. <https://doi.org/10.60100/bciv.v3ie1.44>

Guaman, Y. E. A., Valverde, L. D. T., & Rodríguez, V. (2023b). Prevención del maltrato infantil en niños de 3 a 5 años en el contexto estudiantil. *Boletín Científico Ideas y Voces*, 768-800. <https://doi.org/10.60100/bciv.v3ie1.44>

Guedes, D. D. (2022). SEPARACIÓN PARENTAL: HUELLAS MNÉMICAS DE LOS FENÓMENOS FÁCTICOS DISRUPTIVOS EN LOS DIBUJOS DE NIÑOS. *Revista de Psicología(Estado de México)*, 11(22), 26. <https://doi.org/10.36677/rpsicologia.v11i22.17726>

Guía de Criterios de actuación Judicial en materia de custodia compartida. (2020). *Vlex*. (s. f.). <https://www.semanticscholar.org/paper/ea4becbebfdfe829d760fd43a74209781c4bbec0>

Las corroboraciones periféricas del testimonio de la víctima de violencia sexual. (s. f.). *vLex*. <https://vlex.es/vid/corroborationes-perifericas-testimonio-victima-939241699>

Lefebvre. (2022, 10 junio). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales*. El Derecho. <https://elderecho.com/proteccion-menor-casos-violencia-genero-relaciones-paterno-filiales>

Luis, R. L. S. (2023). La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 7(2), 47-100. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-v1n2-art1052>

M., T. (2020, Mayo 1). Hannah Arendt: Poder y Violencia. Apuntes filosóficos. <https://apuntesfilosoficos.cl/hannah-arendt-poder-y-violencia/>. (s. f.). *Vlex*.

Massaneda, T. P. I., & Carrié, M. S. (2019). Intervención en protección infantil con familias separadas en conflicto. *Revista de Psicopatología y Salud Mental del Niño y del Adolescente*, 34, 77-89. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7993452>

Montoliu, C. G., Casas, M. A., Giménez-García, C., Gil-Llario, M. D., & Ballester-Arnal, R. (2023). Estudio exploratorio sobre maltrato infantil, regulación emocional y autoestima en una muestra de adolescentes en medidas judiciales. *INFAD*, 1(1), 237-246. <https://doi.org/10.17060/ijodaep.2023.n1.v1.2515>

Normativa en relació amb l'Equip d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família (EATAF). (s. f.). *Generalitat de Catalunya Departament de Justícia Secretaria de Relacions Amb L'Administració de Justícia*.

Orden BSF / 331/2013, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes. (s. f.).

Revictimización: ¿qué es y qué sucede en el caso de los abusos a menores? (2020, 30 noviembre). Save The Children. <https://www.savethechildren.es/actualidad/que-es-revictimizacion>.

Rodríguez, M. R. (2016). Intervención con menores maltratados físicamente en el ámbito intrafamiliar desde una mirada socio jurídica. *Vlex*, 333-352. <https://www.torrossa.com/en/resources/an/3165420>

W, J. (s. f.). Never the twain shall meet: the best interest of children and the adversary system. *Miami L. Rev.*

Wallace, H. (1995). *Family Violence: Legal, Medical, and Social Perspectives*. <http://ci.nii.ac.jp/ncid/BB05029780>

Wexler, D., & Winick, B. J. (1996). *Law in a therapeutic key : developments in therapeutic jurisprudence*. <http://ci.nii.ac.jp/ncid/BA32362151>

