

# **LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: UNA OPORTUNIDAD NO SANCIONADORA PARA EL CAMBIO.**

Tania Chico Fernández.

## 1.- INTRODUCCIÓN.

La mirada del sistema judicial hacia nuestros menores ha sido principalmente sancionadora. Aunque la frase pueda parecer, en una primera aproximación, demasiado árida, resulta cierta. El trato con los menores no infractores en las sedes judiciales, más allá de los textos normativos, ha sido y es, en la práctica, problemático y, desde cualquier punto de vista, escaso. Es un problema de medios, pero también de fórmulas, de interlocutores, de valoración y de principios. También de conceptos, de cómo se interpreta y define qué es “el interés del menor”. Hasta ahora, mayoritariamente, más allá del contenido de las disposiciones normativas y sus eventuales interpretaciones<sup>1</sup>, en los pasillos de tribunales y audiencias, en la práctica, se ha venido sosteniendo que ese interés se residencia en que los niños y las niñas se mantengan fuera de esos espacios, lo que, en último término, también trae causa del hecho cierto que supone que el sistema judicial, tal y como se encuentra organizado, no se presenta como un contexto idóneo y adecuado para ellos<sup>2</sup>. Sin embargo, pese a lo que se puede calificar como mero deseo voluntarista, la realidad nos demuestra que cada vez existe un mayor número de situaciones, que deben ser objeto de atención por el sistema de justicia, en las que, de una u otra manera, se ven implicados menores, por no hacer mención al aumento exponencial de la violencia a que se encuentran expuestos o en la que de algún modo están implicados. Esa situación es reflejo de la creciente complejidad de la realidad social y las relaciones interpersonales, en un mundo globalizado, en constante comunicación y cambio, con la generalización del acceso y uso de las nuevas tecnologías desde edades tempranas. Recientemente, se ha dado el paso de aprobar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>3</sup>, en cuyo estudio nos detenemos, y que supone que se abra una ventana para la escucha activa a los menores, dentro del contexto judicial y otros, más allá de la óptica sancionadora que tradicionalmente ha supuesto el procedimiento de responsabilidad penal de los menores infractores o el ámbito de la protección de infancia<sup>4</sup>, para traer al menor, y su escucha, a un primer plano.

---

<sup>1</sup> El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establecía ya unos criterios al efecto, con arreglo también a lo establecido en textos internacionales, y fue modificado por el art. 1.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio que reforzó la obligación de audiencia.

<sup>2</sup> El Tribunal Supremo que, en su sentencia 413/14, de 20 de octubre, recurso 1229/13, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005, tuvo ocasión de insistir en esa obligación de audiencia a los mayores de 12 años, y, pese a ello, la cuestión vuelve a plantearse, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, 648/2020, de 30 de noviembre, lo que es demostrativo de las reticencias en orden a la aplicación.

<sup>3</sup> Ley orgánica 8/2015 de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, supusieron ya un antecedente al introducir como criterio rector de la actuación de las administraciones públicas el derecho de los menores a una vida libre de violencia.

<sup>4</sup> Al efecto, MARTÍNEZ GARCÍA pone de manifiesto las dificultades del acogimiento en centros, habiéndose detectado, según expone, “malos tratos y falta de canales de denuncia y queja”. MARTÍNEZ GARCÍA C. *Informe técnico sobre la adecuación legislativa nacional al marco internacional en relación con los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. El derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España*. Santander, 2020.

## 2.- EL DESARROLLO EVOLUTIVO: LAS POSIBILIDADES DE LA INFANCIA.

La infancia, tal y como tiene ocasión de destacar la psicología del desarrollo, es una etapa llena de posibilidades, de forma que cada momento, en el proceso de ontogénesis, va a influenciar y condicionar los sucesivos<sup>5</sup>. Ha sido tradicional el debate entre ambientalistas y genetistas que, de forma simplificada, supone interrogarse sobre la cuestión de si la persona nace o se hace, y, al respecto, podemos afirmar que, más allá de condicionantes genéticos, se debe admitir que la educación y la socialización suponen una oportunidad para el cambio. Al mismo tiempo que a través de los contextos formales de aprendizaje también se aprende por imitación. De ahí que sea particularmente importante, en ese momento evolutivo de la temprana edad, el contexto, entendido en sentido amplio, puesto que existe práctica confluencia unánime en reconocer que, a lo largo de la vida, pero más aún en esos primeros momentos, en la infancia y juventud, las potencialidades de desarrollo, evolución y adaptación son enormes, de manera que puede afirmarse que es en esta etapa cuando se construyen las futuras habilidades sociales y emocionales<sup>6</sup>. El fenómeno de la plasticidad del cerebro, que es plena entre los cero y seis años, supone admitir que se trata de una etapa llena de posibilidades, lo que al mismo tiempo implica necesariamente que puede condicionar de forma perjudicial el desarrollo futuro. En el caso de los niños y de las niñas y jóvenes, se ha estudiado la influencia del apego, y el correcto desenvolvimiento del vínculo, en orden al desarrollo de la personalidad, de tal forma que incluso se ha afirmado la relación causal existente entre la falta de estímulos afectivos y determinadas carencias a nivel neurológico. Se debe tener presente que, a partir del nacimiento e incluso antes, en la etapa intrauterina, se va configurando el proceso de desarrollo cerebral, y resulta esencial, en ese momento, la adecuación de ese vínculo, que va a tener influencia en la formación de las conexiones neuronales<sup>7</sup>.

Ese proceso evolutivo, que supone el desarrollo de las estructuras cerebrales, va a sucederse paulatinamente hasta que, en la etapa adulta, entre los 18 y 21 años de edad<sup>8</sup>, se encuentra plenamente desarrollada la función ejecutiva, que implica la consolidación de la capacidad de respuesta organizada, así como de planificación y control de las emociones y los impulsos, con el desarrollo y maduración plena del córtex prefrontal, con el consecuente control de la amígdala y las reacciones emocionales. Se trata de un proceso, desde el punto de vista biológico, que se produce de forma sucesiva, de tal forma que, antes, en la infancia y fundamentalmente en la adolescencia, la amígdala encuentra aumentada su capacidad de reacción frente a estímulos emocionales. Estos elementos, coadyuvan a que la adolescencia se caracterice por la asunción de conductas de riesgo, así como por la impulsividad y emotividad, de ahí que también en ese momento gane un papel principal el contexto, en orden a la asunción progresiva de autocontrol, a través del proceso de socialización<sup>9</sup>. Entonces, debemos poner en un primer plano, junto a las potencialidades y posibilidades del ser humano, la importancia del entorno, para analizar a los niños y a las niñas y jóvenes dentro de su realidad y experiencia de vida, a fin de favorecer factores e intervenciones que puedan suponer un adecuado anclaje a la sociedad, a la que están llamados a enriquecer y de la que forman parte. Se trata de alejarse de planteamientos ontológicos, ligados a la persona y sus características

---

<sup>5</sup> EZPELETA, L. y TORO, J. *Psicopatología del desarrollo*. Madrid, 2014.

<sup>6</sup> RYGAARD, N. P. *El niño abandonado: guía para el tratamiento de los trastornos del apego*. Madrid, 2008.

<sup>7</sup> BARUDY J. Y DANTAGNAN M. *Los buenos tratos a la infancia: parentalidad, apego y resiliencia*. Madrid, 2005.

<sup>8</sup> REDOLAR RIPOLL D. *Neurociencia cognitiva*. Madrid, 2014.

<sup>9</sup> EZPELETA, L. y TORO, J. *Psicopatología...*

biológicas individuales<sup>10</sup>, para profundizar en la realidad concreta en que los menores se desenvuelven y actúan, para buscar cauces de actuación, que favorezcan el sentimiento de pertenencia comunitaria y la socialización. De ahí que se valore positivamente la modificación que supone el texto de la ley, puesto que precisamente la biología, la psicología, y la neurociencia confluyen en la generación de expectativas de cambio asociadas a ese momento vital que constituye la infancia y la adolescencia, por lo que resulta fundamental que el sistema de justicia esté preparado para detectar situaciones de riesgo. Al efecto, consideramos que debe prestarse más importancia a la óptica de la prevención, en orden a evitar la eventual aparición de conductas infractoras, que, a la pena, a la sanción, que incide sobre las características individuales, y se proyecta exclusivamente sobre el menor, y no sobre el contexto, de ahí que entendamos que debe ser bien recibida la reforma normativa, desde una realidad anterior, en que, conforme se expone, en muchas ocasiones, la entrada y primer contacto de los menores con el sistema de justicia se producía en el ámbito de la exigencia de responsabilidad penal como menores infractores.

### 3.- LA DETECCIÓN TEMPRANA DE LA VIOLENCIA Y SUS POSIBLES EFECTOS: LA NECESIDAD DE ESCUCHA.

Al efecto, precisamente por las posibilidades que esa etapa abre hacia el futuro, en orden a la prevención y al pleno desarrollo de la personalidad, tiene especial importancia, en ese momento del desarrollo, que seamos capaces de comprender y dar respuesta a las necesidades de nuestros menores, para detectar situaciones nocivas que puedan suponer la necesidad de intervención y análisis. Es ahí donde tradicionalmente nuestro sistema judicial se ha mantenido alejado del contacto con la infancia, cuando precisamente la realidad es que, en muchas ocasiones, el menor agresor ha sido antes víctima de violencia<sup>11</sup>. Al efecto, se ha significado que los menores expuestos a violencia en etapas previas, se encuentran en situación de riesgo de desarrollar a su vez conductas violentas, con ocasión de su desarrollo futuro, a la par de problemas de conducta, y de manera frecuente presentan dificultades cognitivas, vinculadas a una deficiente autopercepción y autoestima<sup>12</sup>. Si damos un paso más, en esa reflexión, definida la violencia, en los términos normativos, como cualquier tipo de desatención<sup>13</sup>, podríamos reflexionar si detrás de cada conducta penal, cometida por menores infractores, no está presente un cierto nivel de negligencia o una inadecuación del sistema familiar, y, en todo caso, un fracaso de la colectividad. En consecuencia, se debe tener por cierto que precisamente el abordaje temprano de la realidad del menor y su entorno, desde un punto de vista integral, va a tener efectos beneficiosos, a fin de erradicar, de forma más eficiente, posibles conductas inadecuadas futuras, de tal manera que va a servir para paliar la emergencia de una posible situación posterior, vinculada a la aparición, en edades tempranas, de

---

<sup>10</sup> Al respecto, es de ver la reflexión de JULIÀ PIJOAN en torno a si las diferencias que se presentan como causa biológica de la peligrosidad, resultan más bien producto del entorno. JULIÀ PIJOAN M. *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desordenada*. Madrid, 2020.

<sup>11</sup> BARUDY, J. *El dolor invisible de la infancia*. Barcelona, 1998.

<sup>12</sup> ARRUBARRENA, M.I. y DE PAÚL, J. *Maltrato a los niños en la familia: Evaluación y tratamiento*. Madrid, 1994

<sup>13</sup> El artículo 2. 1 de la ley parte de la consideración como violencia de “toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social”.

comportamientos desajustados<sup>14</sup>. Al respecto, de hecho, se ha podido constatar que son múltiples las consecuencias negativas, en el orden individual y también social, que va a suponer la exposición de los menores a la violencia, así como los costes que lleva aparejada<sup>15</sup>.

Sin embargo, pese a esa certeza, el sistema judicial no se encuentra preparado para la acogida de los menores, como, en ocasiones, tampoco lo están otros contextos en que los niños y las niñas se desenvuelven habitualmente, más preocupados por cumplir su función de evaluar, mantener el orden y calificar que, por comprender, acoger y dar respuesta a las necesidades individuales, desde un punto de vista transversal y totalizador, vinculado al armónico desenvolvimiento de su personalidad para el desarrollo de una vida en sociedad. Sin embargo, desde cualquier punto de vista, debemos abrirnos sin reparo a escuchar más a nuestros menores<sup>16</sup>. No solo en el ámbito judicial, del que nos ocupamos, sino, con carácter general, y principalmente, en todos aquellos otros en que los niños y las niñas y jóvenes desenvuelven su vida social activa y que constituyen realidades posibles de detección temprana de posibles desajustes. En ese contexto es en el que emerge, como un valioso instrumento, la novedad legislativa que supone el texto legal, que implica un cambio, en orden al tratamiento con los menores, al priorizar y apostar decididamente por su escucha en todos los órdenes, deprendiéndose de planteamientos adultistas. Ello, en la medida en que, si aceptamos como premisa el potencial de cambio inherente a esta etapa del desarrollo, resulta imprescindible esa mirada normativa, que parte de la afirmación decidida de la necesidad de erradicación de cualquier tipo de violencia, como condición de posibilidad del libre desarrollo de su personalidad. Ahora bien, no queremos dejar de exponer aquí un posible riesgo, vinculado al hecho de que, en ningún caso, la habilitación normativa, con la consecuente creación de figuras, en el ámbito educativo, vinculadas a la detección de esas situaciones<sup>17</sup>, debería ser interpretada de forma amplia, para justificar una injerencia ante opciones y proyectos de vida distintos a los mayoritarios que, sin embargo, no por ello merecen ser reprimidos o cuestionados, de ahí que en todo caso se deba actuar con cautela, para promover la correcta formación e información de los operadores llamados a cumplir la función.

#### 4.- LA LLAMADA NORMATIVA A LA COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL: SU DESPLIEGUE PRÁCTICO.

Establecido lo anterior, precisamente, una primera valoración, positiva, que debe hacerse, en el ámbito de la ley, es la invocación normativa a esa detección temprana y a una pretendida coordinación y cooperación entre administraciones<sup>18</sup>, que, sin embargo, deberá cristalizar en protocolos ciertos de actuación, más allá de declaraciones bien intencionadas, pero faltas de concreción. Al respecto, la cuestión de partida será cómo arbitrar esa llamada a la coordinación, en un ámbito, en que, sin embargo, las miradas a adoptar, según se trate de planteamientos de intervención terapéutica, o de valoración

---

<sup>14</sup> FANTUZZO J., GAUDIO W., ATKINS M., MEYERS R. y NOONE M. "A contextually relevant assessment of the impact of child maltreatment on the social competencies of low-income urban children". *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* (1998) pp 1201-1208. 37/11

<sup>15</sup> RAMOS R. *Los costes de la violencia contra la infancia. Impacto económico y social*. Santander, 2018.

<sup>16</sup> Sobre los efectos sanadores de la escucha, VANISTENDAEL S, LECOMTE J. *La felicidad es posible: despertar en niños maltratados la confianza en sí mismos: construir la resiliencia*. Barcelona, 2002.

<sup>17</sup> El artículo 35 de la ley establece la figura del denominado coordinador de bienestar y protección.

<sup>18</sup> El artículo 43.2 de la ley establece la necesidad de esa valoración "interdisciplinar y coordinada".

pericial, ligados estos últimos al contexto judicial, deben ser distintas<sup>19</sup>, y en que también intervendrán diferentes profesionales, cada uno de los cuales puede tener una perspectiva y formación distinta. Al efecto, en este punto, cabe afirmar que se valora de forma muy favorable, que la ley haya tomado opción<sup>20</sup> por tratar de preservar, en todo caso, que la declaración de los menores afectados deba hacerse una única vez, y ante el juzgado de instrucción, como prueba preconstituida, a fin de evitar la victimización secundaria y también la eventual contaminación del relato, una vez iniciado, en su caso, el proceso consecuente a la revelación, en el caso de que haya sido inicial y espontánea. Ahora bien, tampoco queremos dejar de plantear si, tratándose de menores, y precisamente por eso, fundamentalmente, cuando tienen edades muy tempranas<sup>21</sup>, no resultaría necesario precisamente establecer algún sistema que supusiera un estudio del caso en mayor profundidad, fuera del limitado contexto judicial, cuando, -se debe reconocer así-, el sistema de justicia, no se encuentra preparado, ni reúne medios, para un conocimiento más profundo de la situación de hecho subyacente. Al efecto, es de ver que no en todos los territorios se encuentran constituidas las Unidades de Valoración Forense integral, y, además, en muchos de los casos en que sí lo están, se reservan para las necesidades propias del contexto en que fueron creadas<sup>22</sup>, por lo que será preciso sanar esa carencia de profesionales, si se quiere dar virtualidad a la norma que nace y dotarla de aplicación práctica, valorándose el establecimiento también de este tipo de unidades o equipos, en que se integren, de forma colegiada o interdisciplinar, junto a los psicólogos y trabajadores sociales, también médicos forenses, preferentemente expertos en psiquiatría.

Por tanto, planteado así el problema, desde la perspectiva eminentemente práctica, que necesariamente supone el abordaje de la cuestión, en sede judicial, entendemos que se exige tomar una decisión, en orden a cómo arbitrar la invocada coordinación entre administraciones, a falta de protocolos de aplicación, que, por otra parte, deberían adaptarse a las distintas normativas, necesidades y organizaciones territoriales<sup>23</sup>. Al efecto, nos inclinamos por entender que, para la aplicación del texto legal, en la situación actual, se debe acordar, en el estado inicial del procedimiento, al momento de su incoación, dar la palabra, con el consiguiente traslado del caso, a los servicios de infancia -servicios sociales, en la terminología de la ley-, con arreglo a lo establecido en el artículo del texto legal, así como al servicio de asistencia a la víctima, al mismo tiempo que se acuerda a la mayor brevedad la práctica de la declaración del niño o la niña en sede judicial<sup>24</sup>. Lo anterior, en la medida en que, en nuestra opinión, el abordaje de la cuestión, en el momento anterior al de la intervención propiamente dicha, y que necesariamente precede a aquella, la evaluación, no tiene por qué no ser común, en definitiva, entre esos

---

<sup>19</sup> BERNET, W. "Practice parameters for the forensic evaluation of children and adolescents who may have been physically or sexually abused". *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*. 1997, pp. 375-565.

<sup>20</sup> En cuanto a la prueba preconstituida y la necesidad de recurrir a ella, es interesante la sentencia 690/2021, 15 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Supremo.

<sup>21</sup> SILVA E., MANZANERO A., CONTRERAS MJ. "La memoria y el lenguaje en pruebas testificales con menores de 3 a 6 años". *Papeles del psicólogo*, 2016, PP. 224-231. Mismos autores: *CAPALIST. Valoración de Capacidades para Testificar*. Madrid, 2018.

<sup>22</sup> Se establecieron en la disposición adicional segunda de la ley 1/2004 de 28 de diciembre. El Ministerio de Justicia, en su ámbito competencial, ha iniciado un proceso de mejora: Plan de mejora para las Unidades de Valoración Forense Integral del Ministerio de Justicia (2020-2021). Ministerio de Justicia. Madrid, 2020.

<sup>23</sup> En el debate parlamentario la oposición o abstención de partidos políticos vascos y catalanes se centró en cuestiones competenciales: [Búsqueda de iniciativas - Congreso de los Diputados](#)

<sup>24</sup> Se incorpora como anexo el auto que se propone, al efecto de dotar de aplicación práctica en el ámbito judicial a las previsiones normativas.

servicios públicos, llamados a intervenir, y los recursos periciales judiciales propiamente dichos, pese a las diferencias existentes entre ambos ámbitos. Todo ello, si se parte del diálogo y la cooperación y coordinación interinstitucional, invocados normativamente, que deben presidir la actuación de todos los agentes implicados, de manera que, en todo caso, las mínimas exigencias, en orden a la eventual valoración pericial, requieren el mayor conocimiento de la situación posible y la obtención de la mejor información, que podrá precisamente aportarse por esos servicios públicos, y, lo anterior, con independencia de su distinto ámbito y función. Al efecto, no puede obviarse que por parte de estos servicios públicos se dispone de más medios y efectivos, para aproximarse al conocimiento del caso, desde el punto de vista del menor y su entorno, y que también podrán tener acceso a eventuales antecedentes o historia de vida y contexto. Se trata de que una vez que esos servicios públicos elaboren sus informes, los remitan al juzgado, para su conocimiento por los profesionales pertenecientes a los servicios periciales adscritos al juzgado, que, -sin perjuicio de complementarlos con las acciones y pruebas diagnósticas que consideren oportunas-, los tendrán a la vista a la hora de establecer sus propias y necesarias conclusiones, lo que se entiende favorecerá la calidad de la pericia, que se verá beneficiada por el hecho de que se disponga por esta vía de una mayor y más completa información en torno a la situación concurrente.

Lo anterior, al entender que ese proceso de evaluación, precede, en todo caso, a la actuación terapéutica propiamente dicha, como preciso y previo de forma necesaria a su concreción. Al respecto, de hecho, habrá supuestos, como ocurre cuando el niño o la niña hayan sido, no ya víctimas, sino testigos, en que, en todo caso, la intervención se agote en esos servicios públicos, y que permanecerán ajenos al ámbito propio de la evaluación pericial judicial, y, lo anterior, para hacer efectivo el mandato normativo de auxilio en el desenvolvimiento adecuado del ejercicio de funciones parentales, ante un hecho que irrumpe de forma extraordinaria, en cualquier contexto familiar, y, que, por tanto, deberá ser integrado. Por otra parte, tampoco hemos de olvidar que, de hecho, al silencio del entorno, superado y roto aquél, se debe añadir, también, el propio silencio de los menores, en la medida en que de forma abierta se afirma que, precisamente, los niños y las niñas más dañados son los que menos cuentan, y, en ocasiones, el propio agresor establece una estrategia de aislamiento y secreto<sup>25</sup>, de tal manera que, en otros supuestos, por el contrario, quizás el desvelamiento no llegue, sino tras el establecimiento de una fuerte alianza terapéutica, cuando el menor se encuentre preparado, lo que, en principio, no debería, por sí mismo, restarle credibilidad. En definitiva, el texto normativo abre la vía a un diálogo, entre diferentes servicios y administraciones públicas, con un interés y objetivo común, de detección, erradicación y sanción de la violencia, pero, también y principalmente, para destacar y poner en primer plano, como finalidad, la superación de las dificultades y el abordaje terapéutico, así como la acción preventiva. En ese sentido, abre un camino al establecimiento de ciertos cambios contextuales, en una intervención que se haga extensiva, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la justicia de menores, no ya al propio menor, sino a otras personas de su entorno, con lo que esta acción supone, al destacar y poner en primer plano el contexto y la intervención en el mismo, como mecanismo idóneo para lograr cambios individuales.

## 5.- LA CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LOS Y LAS MENORES EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL: PROBLEMAS PRÁCTICOS.

---

<sup>25</sup> PEREDA N, GRECO A, HOMBRADO J., SEGURA A., GÓMEZ MARTÍN V. “¿Qué factores inciden para romper el silencio de las víctimas de violencia sexual?”. Revista española de investigación criminológica. 2018

Esa acción conjunta, que pase por el conocimiento y la indagación no solo de las características individuales, sino también de la realidad que circunda al menor, viene también a dotar de sentido la previsión normativa, en orden al eventual nombramiento de un defensor judicial<sup>26</sup>, puesto que únicamente desde una correcta y ajustada valoración del niño, niña o joven, pero también del entorno<sup>27</sup>, será posible llegar a una correcta formulación al respecto. Esta realidad debe ser conectada con la acertada previsión normativa de reconocimiento de asistencia letrada a las víctimas menores<sup>28</sup>, con independencia de los recursos para litigar, que, sin embargo, como decimos, se trata de una cuestión íntimamente ligada a la fórmula de integración de la capacidad procesal del menor, y a la consecuente determinación de si debe hacerse a través de su representación legal o de una designación concreta, mediante la figura del defensor judicial. En la práctica, en ocasiones, tratándose de menores, resulta confusa esa delimitación, sin que deba resolverse, entendemos, como se hace, en la práctica, por la vía de considerar que un progenitor, -el que presenta la denuncia, en la mayor parte de los casos, fundamentalmente, cuando no existe acuerdo de ambos, o la persona denunciada es el otro-, es quien queda determinado para realizar en su persona el ofrecimiento de acciones al menor y decidir consecuentemente sobre el curso del procedimiento en su representación. Se trata de una cuestión delicada, que tiene muchas aristas, y que se encuentra íntimamente ligada a la detección del interés del menor y de su grado de madurez, así como a la delimitación de qué se entiende por intereses contrapuestos, y qué decisión debe prevalecer, de tal forma que, en ocasiones, el propio letrado defensor designado, se encuentra en la tesitura de no saber qué interés debe atender, y surge la pregunta sobre a quién defiende, como gráfica y expresivamente transmiten, una vez que son designados, cuando no existe una convergencia entre las verbalizaciones de unas y otras figuras implicadas, los progenitores y el menor, por lo que se ven atrapados en una cadena de instrucciones contrapuestas y no coincidentes, sin criterios claros acerca de cuál debe prevalecer.

El problema del consentimiento y de la capacidad de los niños y de las niñas es muy denso y tiene varias vertientes, de manera que resulta evidente que de forma frecuente debe ser objeto de atención por parte del derecho, y, más allá de disposiciones normativas expresas, se debe resolver, caso por caso, judicialmente, el conflicto existente, cuando existen voluntades o intereses contrapuestos entre quienes ostentan la patria potestad, entre sí, y, en su caso, también con el menor. Se trata de una cuestión que, sin embargo, ha permanecido oscura y sin una respuesta clara en el contexto judicial, cuando los menores comparecen como víctimas, en el procedimiento penal, pese a tener una importancia esencial, desde nuestro punto de vista, -y, al efecto, basta pensar en la eventual adopción de alguna de las prohibiciones que conllevan la ruptura de vínculos relacionales-, que exige valorar la madurez y capacidad de juicio del menor afectado, así como la eventual integración de su capacidad. Esta cuestión, además, pasa ahora a un primer plano, con ese reconocimiento normativo de la asistencia jurídica gratuita a todo evento, que lo es al menor, y, por tanto, obliga a buscar no ya su interés, sino su voluntad, capacidad y la eventual fórmula para la integración de su capacidad procesal. Son cuestiones, que se encuentran en ocasiones íntimamente vinculadas con el fondo y que

---

<sup>26</sup> Artículo 13.1 de la ley.

<sup>27</sup> Un estudio limitado al ámbito territorial de Bizkaia, de la incidencia de la violencia en menores, lo presenta, ABÁSULO, A. "Estudio descriptivo del tipo de maltrato que sufren menores evaluados en la Unidad de Valoración Forense Integral de Bizkaia"

<sup>28</sup> Artículo 13.2 de la ley, en relación a la disposición final séptima, que modifica el artículo 2g de la ley de asistencia jurídica gratuita.

requieren, como decimos, el detenido examen y evaluación, que entendemos deberá hacerse en el contexto de esa llamada a la ley para la colaboración interinstitucional, por parte de los servicios periciales adscritos al juzgado, previo el más profundo y detenido conocimiento de la situación de hecho subyacente también contando con la información obtenida por los servicios públicos competentes en infancia. Por otra parte, detenernos en su análisis, nos devuelve al mismo tiempo la pregunta en torno al derecho del menor a decidir autónomamente al respecto, cuando existe, y así se valora, madurez, tratándose de cuestiones personalísimas, y con independencia de las acciones que puedan corresponder a otras partes en el procedimiento y de lo que se pueda considerar su interés por otros, lo que supone alejarse de planteamientos en que primen las decisiones y criterios de los adultos. En todo caso, como decimos, sí que resultará que, en esos casos, no tan infrecuentes, de una falta de confluencia de intereses o puntos de vista convergentes entre el menor y quienes ostentan su patria potestad, con la decisión normativa de anticipar el nombramiento del letrado al momento de las primeras actuaciones, se puede colocar al profesional en una situación de incertidumbre, en orden a la determinación de qué interés debe atender. Pues bien, esta situación, de hecho, únicamente se va a resolver, previa valoración y decisión judicial, que, según entendemos, a su vez, va a requerir un juicio pericial forense en orden a la capacidad, y su eventual integración.

#### 6.- LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN VIOLENCIA SOBRE LOS MENORES: UNA PREVISIÓN NECESARIA.

Más allá de lo anterior, lo que consideramos sí debe valorarse muy positivamente, es la opción normativa por la especialización, y el tomar criterio por el hecho de que sea el mismo juzgado el que lleve todos los procedimientos del mismo menor<sup>29</sup>. Todo ello, en la medida en que también la práctica cotidiana, nos devuelve supuestos de diferentes situaciones, cada una de ellas objeto de denuncia separada, que, por aplicación estricta de las normas de reparto entre diferentes órganos judiciales, pueden recaer y ser objeto de conocimiento de distintos juzgados de instrucción, al tratarse de diferentes procedimientos, de tal forma que esa realidad, que resulta ya confusa cuando una persona adulta tiene ocasión de declarar, en el caso de los niños y de las niñas y jóvenes, supone mayores dificultades, en la medida en que si se pretende, como resulta preciso, dotar de espontaneidad a su relato, y evitar su revictimización, debe dejarse que fluya, sin sugerencias, ni indicaciones, de ahí que el hecho de que, además, pueda encontrarse con una fórmula única, en un espacio conocido y una misma manera de proceder, va a resultar muy beneficioso<sup>30</sup>. Por otra parte, esa opción por la especialización, también permitirá fortalecer y unificar el trabajo de los profesionales forenses, y dotar de una mayor capacidad de respuesta inmediata al sistema, con el conocimiento directo del caso por el juzgado competente, imprescindible, según entendemos, en supuestos de menores, para evitar, en la medida de lo posible, la demora en la declaración del niño o de la niña, y también el paso del caso por distintos órganos judiciales hasta su asignación definitiva. Todo ello, de tal forma que la propia configuración de los espacios, en un sistema de recursos escasos, podría verse beneficiada, a efectos de su presentación más amable y cercana a los menores, al requerirse la dotación material de un único lugar, a lo que será

---

<sup>29</sup> Disposición adicional vigésima.

<sup>30</sup> VARA, A., MANZANERO, A. L., & VALLET, R. "Víctimas de abuso sexual especialmente vulnerables: obtención del testimonio". *Derecho & Sociedad*, 2021, 1-39, en un artículo en que recogen la mejor técnica para la declaración ponen de relieve cómo un mismo entrevistador puede favorecer la verbalización.



deseable se incorpore la opción también por el abogado único en todos los procedimientos en que resulte afectada la misma víctima menor.

Al respecto, las limitaciones cognitivas del niño y de la niña, por razón de su momento evolutivo, edad y grado de madurez, nos conectan con la necesidad de pensar y valorar qué resulta exigible, en orden a la exigibilidad de su eventual relato y estudio de los casos. También, como hemos apuntado antes, en el hecho de que los niños y las niñas expuestos a violencia, precisamente, se observa una tendencia, en ocasiones, dirigida o impuesta por el agresor, al retraimiento y la falta de verbalización de su experiencia y realidad. En este punto, resulta particularmente interesante, en orden a la valoración, detenerse en la reflexión conjunta e interdisciplinar, con intervención de profesionales del derecho, junto a otros provenientes del ámbito de la psicología, la intervención social y la ciencia médica, en orden a la mejor interpretación y determinación de qué debería resultar exigible, y cómo se debería proceder, para ser más eficientes, en aquellos casos de denuncia de una situación de violencia hacia los niños y niñas o jóvenes. Una violencia que, desgraciadamente, es una realidad, y, que, en nuestro hacer cotidiano, nos es expresivamente devuelta, por testimonios gráficos de la misma, que van a permanecer en el tiempo, más allá de decisiones contingentes, y que nos presentan unas imágenes, cada vez más insoportables, de graves vulneraciones de los derechos de los menores. El acceso generalizado a medios de grabación y reproducción de la imagen, en la mayoría, por no decir todos, los ámbitos y situaciones de la vida cotidiana, ha supuesto que la realidad de esa violencia llegue ahora a los juzgados, no ya en forma de fotografías, sino también en forma de vídeos, que suponen un reflejo permanente, y a largo plazo, de situaciones graves, que merecen y obligan a que nos detengamos a reflexionar, nosotros también, como sistema, sobre nuestras fortalezas y debilidades, a fin de estar a la altura de las exigencias de prevención general y especial que resultan inherentes a la actuación penal. Imágenes que van a permanecer en el tiempo como huella indeleble de lo realmente ocurrido. De ahí que resulte imprescindible avanzar en deconstruir el muro de silencio que rodea la violencia a que se encuentran expuestos los menores. Un triple silencio, del agresor, del entorno y de los propios menores afectados, que, en ocasiones, elabora de forma consciente el maltratador, y que sirve de estrategia para la perpetuación de la violencia, venciendo la resistencia y la capacidad del menor para interesar ayuda<sup>31</sup>, lo que en todo caso nos obliga a estar muy atentos a las verbalizaciones y llamadas de atención, cuando también es frecuente la retractación, que devuelve el marco familiar a la homeostasis, para tratar de asegurar el marco institucional que mejor garantice la efectividad de la tutela de los derechos, tras esa necesaria reflexión interdisciplinar al efecto.

## 7.- CONCLUSIONES.

1.- La ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, supone una innovación, desde un sistema judicial que principalmente tenía su mirada puesta en los menores desde la perspectiva sancionadora, a otro, en que prima la escucha y el diálogo interinstitucional, aunque quizás más en términos voluntaristas o de definición genérica, que de aplicación práctica definida.

2.- Al efecto, consideramos esencial que se actúe para favorecer la aplicación práctica de la norma, el establecimiento de protocolos de actuación entre administraciones públicas, a fin de proveer normativamente la llamada normativa a la coordinación, lo que en el

---

<sup>31</sup> SUMMIT, R. S. "The child sexual abuse accommodation syndrome". Child abuse neglect. 1983, pp. 177-193.

ámbito propio de la administración de justicia pasa por implementar, a la mayor brevedad, la previsión normativa de creación y especialización de juzgados competentes al efecto.

3.- Esa especialización, deberá ir acompañada de la dotación de medios y recursos adecuados, que, en todo caso, debería pasar por crear, adscritos a dichos juzgados, servicios de valoración forense integral, conformados por profesionales de la medicina, la psicología y la asistencia social, que permitan una valoración del caso desde la triple perspectiva que converge, y por la creación de espacios seguros y adaptados a las necesidades de la infancia.

4.- Se debe profundizar en el estudio y detección de las necesidades de los niños y de las niñas, desde el punto de vista interdisciplinar, en orden a reflexionar sobre la dificultad de su relato, vinculado a las limitaciones que pueden suponer al efecto las carencias asociadas a su concreto nivel evolutivo, y las consecuencias emocionales, a fin de establecer y unificar criterios, en orden a la eventual excusa de su declaración y la admisibilidad de testimonios de referencia o presentación pericial de conclusiones.

5.- También va a resultar preciso, más allá de declaraciones generales, estudiar la capacidad de los menores en el proceso, así como la mejor fórmula para su integración, en función de su madurez y desarrollo, y también en atención a la posible existencia de intereses y puntos de vista diferentes por quienes ostentan la patria potestad, lo que guarda relación con el reconocimiento normativo del derecho a la justicia gratuita que lo es al propio menor, con independencia de sus recursos.

#### REFERENCIAS.

ABÁSULO A. “Estudio descriptivo del tipo de maltrato que sufren menores evaluados en la Unidad de Valoración Forense Integral de Bizkaia”. *Revista Española de Medicina Legal*. 2019, PP. 4-11

ARRUABARRENA, M.I. y DE PAÚL, J. *Maltrato a los niños en la familia: Evaluación y tratamiento*. Madrid, 1994.

BARUDY, J. *El dolor invisible de la infancia*. Barcelona, 1998.

BARUDY J. Y DANTAGNAN M. *Los buenos tratos a la infancia: parentalidad, apego y resiliencia*. Madrid, 2005.

FANTUZZO J., GAUDIO W., ATKINS M., MEYERS R. y NOONE M. A contextually relevant assessment of the impact of child maltreatment on the social competencies of low-income urban children. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1998, pp. 1201-1208.

JULIÀ PIJOAN M. *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desordenada*. Madrid, 2020

MARTÍNEZ GARCÍA C. *Informe técnico sobre la adecuación legislativa nacional al marco internacional en relación con los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. El derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España*. Santander, 2020.

LIPSEY, M. y DERSON, J. “Predictors of violent serious delinquency in adolescence and early adulthood. A synthesis of longitudinal research”. *Serious and violent juvenile offenders: Risk factors and successful interventions*. 1998, pp 86-105.

RAMOS R. *Los costes de la violencia contra la infancia. Impacto económico y social*. Santander, 2018.

RYGAARD, N. P. *El niño abandonado: guía para el tratamiento de los trastornos del apego*. Madrid, 2008.

REDOLAR RIPOLL D. *Neurociencia cognitiva [Manual]*. Madrid, 2014.

SILVA E., MANZANERO A., CONTRERAS MJ. “La memoria y el lenguaje en pruebas testificales con menores de 3 a 6 años”. *Papeles del psicólogo*, 37 (3). PP. 224-231.

SILVA E., MANZANERO A., CONTRERAS MJ. *CAPALIST. Valoración de Capacidades para Testificar*. Madrid, 2018.

SUMMIT, R. S. “The child sexual abuse accommodation syndrome”. *Child abuse neglect*. 1983, pp. 177-193.

EZPELETA, L. y TORO, J. *Psicopatología del desarrollo*. Madrid, 2014.

VANISTENDAEL S, LECOMTE J. *La felicidad es posible: despertar en niños maltratados la confianza en sí mismos: construir la resiliencia*. Barcelona, 2002.

VARA, A., MANZANERO, A. L., & VALLET, R. “Víctimas de abuso sexual especialmente vulnerables: obtención del testimonio”. *Derecho & Sociedad*, 2021, 1-39.

## ANEXO I.

### AUTO.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - En el presente procedimiento, consta indiciariamente acreditada la existencia de los siguientes hechos .... que serían constitutivos de un delito de .....

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El artículo 43 de la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia establece que “En todos los casos en los que exista riesgo o sospecha de violencia sobre los niños, niñas o adolescentes, los servicios sociales de atención primaria establecerán, de forma coordinada con la entidad pública de protección a la infancia, las vías para apoyar a la familia en el ejercicio positivo de sus funciones parentales de protección. En caso necesario, los servicios sociales diseñarán y llevarán a cabo un plan de intervención familiar individualizado de forma coordinada y con la participación del resto de ámbitos implicados”, de manera que, conforme a lo establecido en el párrafo segundo, su valoración deberá efectuarse de forma coordinada, entre otros con los equipos y profesionales de los ámbitos de la salud, la educación, la judicatura, o la seguridad existentes en el territorio que puedan aportar información sobre la situación de la persona menor de edad y su entorno familiar y social”. En consecuencia, en el presente caso, procede **trasladar testimonio de las actuaciones** a esos servicios sociales (instituto asturiano para la atención integral a la infancia y a las familias), a fin de que tomen conocimiento de la situación, **adopten las medidas de protección que resulten procedentes, en el ámbito de sus competencias,** conforme a las disposiciones legales, **y, en todo caso, en orden al ejercicio positivo de funciones parentales por los progenitores.**

**SEGUNDO.- Al mismo tiempo, procede recabar informes de los servicios sociales a que se acuerda la derivación** (instituto asturiano para la atención integral a la infancia y las familias), a fin de que **informen sobre el estado psicológico de la menor,** y, recibidos estos informes, procede **oficiar al servicio pericial adscrito a este juzgado, a fin de que informen sobre la eventual existencia de una lesión o menoscabo psicológico en la niña, en relación causal a los hechos de la denuncia,** así como si resulta procedente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26.2 de la ley 4/15, de 27 de abril, al que se remite el artículo 13 de la ley de infancia, **el eventual nombramiento de defensor judicial a la menor,** al poder existir interés contrapuesto al de sus progenitores, en relación al presente procedimiento, así como **la persona que podría resultar idónea al efecto. En consecuencia, procede recabar** de los servicios sociales (instituto asturiano para la atención integral a la infancia y las familias), a los que se acuerda la derivación, **informes sobre la situación sociofamiliar y madurez** de la persona menor de edad, **y, recibidos, dar traslado al equipo psicosocial, a los efectos**

**de que se informe sobre esa necesidad, si considera procedente el nombramiento de un defensor judicial**, en función de las circunstancias familiares, y **la persona idónea** al efecto.

**TERCERO.-** Al mismo tiempo, **procede igualmente poner el caso en conocimiento de la oficina de asistencia a la víctima, con arreglo a lo establecido en el artículo 10 del mismo texto legal**, para que tomen conocimiento del caso y cumplan con las finalidades de información legalmente establecidas, en dicho precepto legal, con arreglo a su párrafo primero, en la medida en que resultan competentes al efecto, con fundamento en el párrafo segundo, **procediéndose por el Sr. Letrado de la Administración de justicia a llevarlo a cabo, con arreglo a lo establecido en el párrafo segundo, del artículo 13, con testimonio de la presente resolución.**

#### **PARTE DISPOSTIVA.**

Remítase **testimonio de las presentes actuaciones a los servicios sociales (instituto asturiano para la atención integral a la infancia y a las familias)**, a fin de que tomen conocimiento de la situación de la menor, y adopten, en su caso, **las medidas que resulten procedentes en el ámbito de sus competencias, y, en todo caso, en relación al ejercicio positivo de funciones parentales por los progenitores.**

**Oficiese** a esos servicios sociales a los que se acuerda la derivación, a fin de que, a la mayor brevedad, **remitan a este juzgado informe sobre la situación psicológica y sociofamiliar de la persona menor de edad y su grado de madurez.**

**Una vez recibidos los anteriores informes, procédase a dar traslado al servicio pericial adscrito al juzgado**, a los efectos de que se **informe sobre la eventual existencia de una lesión o menoscabo psicológico** en la menor, en relación causal a los hechos, así como **si resulta procedente, en el caso, el nombramiento de defensor judicial, y persona idónea al efecto.**

Póngase igualmente en conocimiento de **la oficina de asistencia a la víctima** la existencia del procedimiento a los efectos de que puedan cumplir las finalidades de información legalmente previstas, remitiéndoles **testimonio de la presente resolución.**

Así lo acuerda manda y firma S.S.<sup>a</sup>. Doy fe.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reforma y/o apelación.