



FACULTAD DE DERECHO

# **EL IMPACTO DE LA LOPIVI EN LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS MENORES**

Autor: Jorge Prades Rubias

4º E-5 FIPE

Derecho Procesal

Tutora: Elisabet Cueto Santa Eugenia

Madrid

Junio 2023

# ÍNDICE

0. Abreviaturas	página 4
1. Introducción	páginas 4 - 6
2. La protección legal de los menores	páginas 7 – 13
- 2. 1. La guardia y custodia de los menores	páginas 8 – 10
- 2. 2. El interés superior del menor	páginas 11 – 13
3. La violencia contra los menores	páginas 13 – 19
- 3. 1. Introducción	páginas 13 – 14
- 3. 2. Procesos penales que afectan a la guardia y custodia de los menores	páginas 14 – 15
- 3. 3. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo	páginas 15 – 16
- 3. 4. El impacto de la violencia en los menores	páginas 16 – 17
- 3. 5. La violencia de género y su impacto en los menores	páginas 17 – 19
4. Introducción a la LOPIVI	páginas 19 – 22
5. Aportaciones generales que introduce la LOPIVI en la protección de los menores	páginas 22 – 34
- 5. 1. Grandes aportaciones de la LOPIVI	páginas 22 – 25
- 5. 2. Conceptos clave de la LOPIVI	páginas 25 – 29
- 5. 3. Contratación de profesionales	páginas 29 – 30
- 5. 4. Formación y capacitación	páginas 30 – 32

- 5. 5. Niveles y ámbitos de actuación .....	páginas 32 – 34
6. Modificaciones legales concretas que introduce la LOPIVI .....	páginas 34 – 39
- 6. 1. Modificaciones relativas a la guardia y custodia y patria potestad .....	páginas 34 – 38
-6. 2. Otras modificaciones .....	páginas 38 – 39
7. Conclusiones .....	páginas 39 – 41

## **0. ABREVIATURAS**

LOPIVI – Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia

ANAR – Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

TS – Tribunal Supremo

SSTS – Sentencia del Tribunal Supremo

OAV - Oficinas de Atención a la Víctima

## **CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN**

Este trabajo tiene por objeto el análisis y reflexión del impacto de la LOPIVI en la protección legal de los menores.

El interés que tengo por esta materia surgió durante las prácticas curriculares que llevé a cabo en la Fundación ANAR. Estas prácticas me fueron asignadas por la universidad, y yo no tenía un gran interés en materia de menores antes de hacer las prácticas. Fue durante las prácticas cuando desarrollé un interés por el Derecho procesal y por la regulación legal de los menores de edad. En la fundación, descubrí una dimensión humanitaria del Derecho que desconocía, donde el foco principal está en ayudar a los que lo necesitan, en este caso, a menores de edad que se encuentran en situaciones de riesgo. A lo largo de las prácticas fui descubriendo diferentes protocolos y procesos que se llevan a cabo para evitar que los menores de edad se encuentren en situaciones de riesgo, desde el traslado a la policía de la situación hasta la sentencia final del caso, del cual se hace un seguimiento desde la fundación. En la Fundación ANAR se ofrece orientación jurídica gratuita 24 horas para solventar situaciones de riesgo de menores, gracias a esto aprendí mucho sobre la protección legal de los menores, y me surgió un especial interés en la materia, lo cual me ha llevado a hacer este trabajo de fin de grado. Tras todo lo que viví durante mis prácticas, he cambiado mi visión sobre la abogacía que pretendo ejercer en el futuro. Antes estaba más centrado en intereses económicos, pero ahora estoy más centrado en el

lado humanitario, de ayudar a los que lo necesitan. En las prácticas también aprendí mucho sobre la LOPIVI, ya que regula materia de menores de edad. Esta ley será mencionada a lo largo del trabajo, y se analizarán muchos de los cambios que introduce en materia de menores. La LOPIVI es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. El objetivo de este trabajo es comprobar el impacto que ha tenido esta ley en la protección legal de los menores, y si ha conseguido mejorar dicha protección contra la violencia infantil.

El tema escogido para el trabajo tiene una gran importancia jurídica, ya que la violencia contra los menores es un grave problema social y debe ser abordado de manera seria y efectiva. Es importante tener en cuenta que la violencia contra los menores es una violación de los derechos humanos, incluyendo el derecho a una vida segura, el derecho a la protección contra la violencia y el derecho a un desarrollo saludable. Los menores son miembros vulnerables e indefensos de la sociedad, y es responsabilidad de la sociedad protegerlos y garantizar su bienestar. La violencia contra los menores también tiene graves consecuencias a largo plazo en la sociedad en general. Puede contribuir a la perpetuación de la violencia en futuras generaciones, ya que los menores que han sido víctimas de violencia pueden tener más probabilidades de convertirse en perpetradores de violencia en el futuro. Además, la violencia contra los menores puede tener costos económicos significativos para la sociedad en términos de atención médica, servicios sociales y justicia.

Por todo ello, con este trabajo de fin de grado pretendo hacer un ejercicio de información y concienciación sobre el tema, ya que es responsabilidad de la sociedad trabajar en la prevención y erradicación de la violencia contra los menores, promoviendo un entorno seguro y saludable para su bienestar y desarrollo.

Los objetivos del trabajo son profundizar y reflexionar sobre los cambios más importantes que ha introducido la LOPIVI en la protección legal de los menores. El objetivo principal es que, con el trabajo de investigación que realice en este trabajo, junto con los conocimientos que adquiriré en las prácticas, pueda profundizar sobre el impacto que ha tenido la LOPIVI en la lucha contra la violencia infantil. Y no sólo profundizar en la materia, el objetivo principal también es alcanzar una visión crítica que me permita juzgar con conocimiento si el impacto que ha tenido la LOPIVI en la protección legal de los menores ha sido positivo o negativo en la lucha contra la violencia infantil.

Las principales fuentes de investigación que usaré para el desarrollo del trabajo son: la Ley Orgánica 8/2021 (LOPVI), el Código Civil, el Código Penal, la Ley Orgánica 8/2015, el anteproyecto de ley 438/2014, la Ley Orgánica 1/2004, la Convención sobre los derechos del niño, diferentes instrumentos internacionales (como, por ejemplo, el comité de intereses del niño), y diferente jurisprudencia y doctrina que irá siendo mencionada y citada a lo largo del trabajo.

La metodología que emplearé es el análisis de estas leyes citadas (en especial de la LOPVI), y de la jurisprudencia y doctrina relacionadas. Con el análisis de estas leyes (en la materia que nos concierne) que realizaré durante el trabajo, junto con la investigación de la jurisprudencia y doctrina, podré realizar una reflexión sobre el tema del trabajo, que, junto con mi experiencia vivida en la Fundación ANAR, me permitirá extrapolar unas conclusiones y opiniones personales que expondré al final del trabajo.

En primer lugar, se hará una introducción a la protección legal de los menores en España, definiendo y diferenciando los conceptos de guardia y custodia y patria potestad. Tras ello, se analizará la violencia infantil y todos los procesos penales que afecten o modifiquen la guardia y custodia. También se hará referencia al interés superior del menor y al impacto que tiene la violencia en los menores. Tras introducir la protección legal y la violencia infantil, se hará una introducción a la LOPVI, y a todos los cambios que introduce. En primer lugar, se explicarán los cambios más generales que introduce, tanto en la forma de proteger a los menores como en la forma de actuar frente a la violencia infantil. En segundo lugar, se explicarán las modificaciones legales más relevantes en materia civil y penal que introduce la LOPVI. Una vez se hayan establecido los cambios más importantes que introduce la LOPVI en la protección legal de los menores, se hará una reflexión sobre el impacto que ha tenido la LOPVI en dicha protección, y si ha sido positivo o negativo. En las conclusiones se reflexionará sobre el impacto de la LOPVI, y lo que ha supuesto para la lucha contra la violencia infantil su implantación en el ordenamiento jurídico español.

## CAPÍTULO 2. LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS MENORES

Los menores de edad (en España, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años) son consideradas personas de especial vulnerabilidad, por lo que precisan de una protección legal especial. Los menores de edad son personas que se encuentran en pleno desarrollo de sus capacidades vitales, y es por ello por lo que se les considera personas de especial vulnerabilidad. Para atender a esta especial vulnerabilidad, es necesario brindar una protección legal especial a este colectivo, y así asegurar que desarrollan sus capacidades de manera adecuada. Según el Boletín Oficial del Estado<sup>1</sup>, la legislación general de menores en España está compuesta por las siguientes leyes: la Constitución Española (parcialmente), la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia (parcialmente), la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (parcialmente), la Ley Orgánica del derecho al honor, la intimidad personal, familiar y a la propia imagen (parcialmente) y desde 2021, la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (LOPVI), que será analizada en el presente trabajo.

Estas leyes componen, de forma general, la protección legal de los menores en España. Con esta lista, se puede comprobar que existen diferentes leyes en España que protegen a los menores, brindando una protección legal completa y exhaustiva. Existen muchas otras leyes en diferentes ámbitos que afectan a los menores, además de todas las legislaciones autonómicas que regulan materia de menores de edad, pero no es preciso desarrollar de forma extendida esta protección legal de los menores, ya que no es necesario para el objeto del presente trabajo.

Este trabajo no pretende hacer un análisis exhaustivo de la protección legal de los menores, sino comprobar el impacto de la LOPVI en el mismo. Lo que se pretende transmitir con este Capítulo es que existe una adecuada protección legal de menores en España. Y que, a través de los diferentes derechos, instituciones y planes de actuación que crean las diferentes leyes en la materia, se protege la especial vulnerabilidad de los menores, y se les ayuda a desarrollarse de forma adecuada.

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado. (sin fecha). Legislación de menores.  
Disponible en: [BOE.es - Legislación de Menores](https://www.boe.es)  
Visitado por última vez el 1/6/2023

No hay que olvidarse de que, además de la protección que la ley brinda a los menores, las figuras primarias de protección de los menores son sus progenitores y/o sus tutores legales. Los progenitores y/o tutores legales tienen la guardia y custodia de los menores (siempre que no hayan renunciado a la misma o un juez les haya privado de ella).

Las únicas figuras jurídicas de la protección legal de los menores que se explicarán en este Capítulo son la guardia y custodia y la patria potestad, ya que serán mencionadas a lo largo del trabajo y es importante entenderlas desde el principio. La LOPIVI modifica varios escenarios de guardia y custodia y patria potestad que serán mencionados más adelante, por lo que es necesario comprender estas figuras jurídicas antes de explicar los cambios que introduce la LOPIVI.

## **2. 1. La guardia y custodia de los menores**

El régimen de guardia y custodia de los menores de edad está regulado en el Código Civil<sup>2</sup>. La figura jurídica de guardia y custodia consiste en convivir, cuidar y asistir a los hijos menores de edad. Esta figura jurídica puede ser ejercida por ambos cónyuges o por uno de ellos en exclusiva. En función de quién ejerza la custodia, será custodia compartida (ambos cónyuges) o custodia monoparental (un cónyuge en exclusividad). Ahora bien, estos no son los únicos tipos de custodia que contempla nuestro ordenamiento jurídico, sino que son los más frecuentes en la práctica. Existen otros dos tipos de custodia menos frecuentes, la custodia distributiva o partida y la custodia ejercida por un tercero. Excepcionalmente se puede asignar la guardia y custodia a un tercero cuando se den causas lo suficientemente graves como para que no se pueda preservar el interés superior del menor. La decisión de quién tiene la guardia y custodia de un menor pertenece a los progenitores, o bien a un juez en casos de divorcio contencioso. En caso de divorcio, nulidad matrimonial o separación de los padres, se debe acordar la organización de la guardia y custodia de los menores por parte de los progenitores, o un juez en su defecto. Esto viene establecido en el artículo 92 del Código Civil<sup>3</sup>: *En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de*

---

<sup>2</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M. (2019). *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*. Dykinson, S. L.

<sup>3</sup> Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889



*los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.*

Hasta hace unos años, los jueces tendían a conceder la custodia a un solo progenitor, antes de la reforma del Código Civil de 2005, la custodia se le otorgaba a la madre de forma automática. La reforma del Código Civil de 2005 introdujo la posibilidad de la custodia compartida, aunque no se le daba preferencia frente a la custodia monoparental. Tras esta reforma, algunas Comunidades Autónomas como País Vasco, Navarra y Cataluña han ido creando leyes civiles forales en las que se considera la custodia compartida como la opción preferente para satisfacer el interés superior del menor. En la Comunidad Valenciana también se implantó una ley en 2011 que priorizaba la custodia compartida, pero fue derogada en 2016 por el Tribunal Supremo<sup>4</sup>. Actualmente, tras la reforma del Código Civil de 2021 y con la aprobación de la LOPIVI (que pone el foco en el interés superior del menor), los jueces consideran la custodia compartida como la mejor opción para satisfacer el interés superior del menor.

Una vez se haya establecido algún tipo de guardia y custodia, hay consideraciones a tener en cuenta sea del tipo que sea. En cualquier caso, el progenitor no custodio (el que no tenga la guardia y custodia) tiene derecho a un régimen de visitas que se establecerá por convenio regulador o por sentencia judicial. Y tiene la obligación de cumplir con los pagos de la pensión alimenticia que proceda, sin perjuicio de la pensión compensatoria que corresponda al progenitor con la custodia.

En este punto, conviene explicar la diferencia entre la figura de guardia y custodia y la figura de patria potestad<sup>5</sup>. Como ya hemos visto, la guardia y custodia es la figura jurídica consistente en la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad. Por otro lado, la patria potestad hace referencia a la representación general y a la administración de los bienes de los hijos menores de edad, siempre en beneficio del menor. Se tiene la patria potestad por el hecho de ser el progenitor del menor, siempre que un juez no le prive de ella.

---

<sup>4</sup> Jiménez-Cabello, J., Becerril, D. y García-Moreno, J. M. (2020). La relación entre reformas legales y la asignación de la custodia compartida en España (2007-2017). *Revista Española de Ciencia Política*, (número 53), 119-142.

<sup>5</sup> Conceptos Jurídicos. (sin fecha). Guarda y custodia.

Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

Visitado por última vez el 08/02/2023

Las causas de extinción de la patria potestad vienen definidas en el artículo 169 del Código Civil: *La patria potestad se acaba: 1. ° Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2.° Por la emancipación. 3.° Por la adopción del hijo* (artículo 169 Código Civil). El artículo 170 establece los motivos de privación de la patria potestad: *El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación* (artículo 170 Código Civil)<sup>6</sup>. La diferencia entre las dos figuras es que, la guardia y custodia está centrada en la convivencia habitual con los menores, y la patria potestad está centrada en la representación y administración más general de la esfera del menor<sup>7</sup>. Es por esto por lo que, en los casos de crisis matrimonial o de pareja, la patria potestad sigue perteneciendo a ambos progenitores, pero la guardia y custodia pertenecerá a uno de los dos (puede ser custodia compartida, pero no se puede ejercer la custodia de forma simultánea estando los cónyuges separados, a diferencia de la patria potestad, que se puede ejercer de forma simultánea tras la separación). Hay que tener clara la diferencia entre privar a un sujeto de su patria potestad y privar a un sujeto de la guardia y custodia. Es importante tener esto en cuenta a lo largo del trabajo, ya que se mencionarán cambios que introduce la LOPIVI en la guardia y custodia y patria potestad de los menores.

Una vez definidas las figuras de guardia y custodia y patria potestad, es necesario desarrollar el interés superior del menor, ya que es un principio inspirador de la protección legal de los menores<sup>8</sup> con una gran trascendencia en el Derecho positivo español. Su comprensión resulta fundamental a la hora de comprender la protección legal de los menores y la especial vulnerabilidad del colectivo protegido, por lo que será explicado en el siguiente apartado que cierra este segundo capítulo del trabajo.

---

<sup>6</sup> Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889

<sup>7</sup> Conceptos Jurídicos. (sin fecha). Guarda y custodia.

Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

Visitado por última vez el 08/02/2023

<sup>8</sup> De Bartolomé Cenzano, J.C. (septiembre 2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia, Volumen 3*, 50-58.

## **2. 2. El interés superior del menor**

Como punto de partida en este apartado, es preciso definir el interés superior del menor, tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las acciones y decisiones que afecten a los niños<sup>9</sup>. Esto significa que al tomar decisiones que afecten a los niños, se debe considerar su bienestar y protección como una prioridad absoluta. Este artículo enfatiza la importancia de garantizar que los derechos y el bienestar de los niños sean siempre tomados en cuenta en todas las acciones y políticas que los afecten, tanto a nivel individual como colectivo. Los Estados Parte deben tomar todas las medidas necesarias para garantizar el bienestar de los niños y asegurarse de que se tomen en cuenta los derechos y responsabilidades de los padres y cuidadores. Además, los Estados deben garantizar que las instituciones y servicios encargados de proteger a los niños tengan en cuenta este derecho.

Siguiendo con la regulación internacional del interés superior del menor, es preciso mencionar la Observación General número 14 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas<sup>10</sup>, la cual se centra en el derecho del niño a tener su interés superior como una “consideración primordial en todas las decisiones y acciones que lo afecten”. Esta observación tiene como objetivo proporcionar una guía detallada sobre la aplicación práctica de este principio fundamental del derecho de los niños.

La observación destaca que el interés superior del niño debe ser una “consideración primordial en todas las políticas y decisiones que afecten a los niños, ya sean tomadas por los tribunales, las autoridades administrativas o legislativas, o por cualquier otra persona o entidad que tenga responsabilidades hacia los niños”.

La observación también subraya la importancia de la participación activa y significativa de los niños en todas las decisiones que los afecten. Los niños “deben ser escuchados y sus opiniones deben ser tomadas en cuenta, de acuerdo con su edad y madurez”. Además, la observación destaca la necesidad de garantizar la igualdad de género y la no discriminación en todas las decisiones que afecten a los niños. Esto significa que

---

<sup>9</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1 de junio de 1998

<sup>10</sup> Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013

cualquier decisión que se tome, debe considerar las necesidades y derechos de los niños, y debe tener como objetivo garantizar su bienestar y desarrollo integral. Esto quiere decir que, para satisfacer el interés superior del menor, se le debe escuchar y preguntar en todas las cosas que le afecten. Obviamente un menor no tendrá intervención alguna en un proceso penal en contra de uno de sus progenitores, pero sí se le debe preguntar acerca de sus sentimientos y sus pensamientos, con el fin de poder tomar la mejor decisión para su futuro. Ya que, un proceso penal en contra de un progenitor no afecta al menor simplemente en su guardia y custodia, sino que también le afecta en diferentes esferas, como la psicológica o social, de ahí la importancia de preguntar y escuchar al menor.

La Observación General número 14 del Comité de Derechos del Niño también aborda otros temas, como la protección de los niños en situaciones de conflicto armado, la migración infantil, la adopción, el derecho a la salud y la educación, entre otros. En síntesis, esta observación tiene como objetivo garantizar que los derechos de los niños se respeten y protejan en todas las situaciones y en todas las decisiones que los afecten, de acuerdo con el principio fundamental del interés superior del niño<sup>11</sup>.

Una vez explicada de forma general la regulación a nivel internacional del interés superior del menor, conviene ahora comentar la regulación nacional.

A nivel nacional, tenemos la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta ley, en su artículo 2, define el interés superior del menor. En síntesis, la vida y el crecimiento personal del menor deben desarrollarse en un entorno de libre violencia, respetando todos sus intereses legítimos y concurrentes. Además, todas las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores tienen que perseguir estrictamente su interés superior: *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad*

---

<sup>11</sup> Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013

*de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor (artículo 2 ley orgánica 8/2015)*<sup>12</sup>.

Tras ver todas las alusiones que hace nuestro sistema jurídico al interés superior del menor, queda claro que es un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con la protección de los menores, y que debe entenderse como un criterio de ponderación abierto<sup>13</sup>.

Por último, cabe mencionar la LOPIVI, que, a través de las modificaciones que realiza en el ordenamiento jurídico, refuerza y protege aún más el interés superior del menor. Esta ley será analizada en los capítulos 4,5 y 6 del trabajo, por lo que no es necesario seguir explicándola en este punto del trabajo.

## **CAPÍTULO 3. LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES**

### **3. 1. Introducción**

La violencia contra los menores es un grave problema social del que la población no está plenamente concienciado. En el próximo Capítulo se analizan las cifras de violencia contra los menores en España, y se evidencia que sigue siendo un problema grave y que afecta a miles de menores. Como se explica en el anterior Capítulo, la protección legal de los menores establece derechos, instituciones y planes de actuación para que los menores puedan desarrollarse de forma adecuada. Para lograr este objetivo es necesario que los menores se desarrollen libres de violencia. Y es por ello por lo que la protección legal de los menores, evidentemente, también abarca la protección contra la violencia infantil. Hay diferentes tipos de violencia que puede sufrir un menor: física, psicológica, por parte de sus progenitores/tutores, por parte de otros adultos, por parte de otros menores, etc. La protección legal abarca todos los tipos de violencia, especialmente tras la implantación de la LOPIVI.

Cuando la violencia procede de otros menores o de otros adultos (que no sean figuras de protección del menor), la respuesta a la violencia es sencilla, un régimen sancionador en

---

<sup>12</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

<sup>13</sup> De Bartolomé Cenzano, J.C. (septiembre 2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia, Volumen 3*, 50-58.

función del tipo de violencia que se ha ejercido. El que comete la violencia (otro menor u otro adulto) no es ninguna figura de protección del menor, por lo que no cabe duda de que se le debe sancionar por ello.

Pero, cuando la violencia es ejercida por un progenitor o tutor legal, la respuesta a la violencia es compleja, ya que se trata de una figura de protección del menor y las consecuencias de la sanción pueden afectar negativamente al interés superior del menor. Por lo que me parece interesante establecer en el siguiente apartado qué procesos penales (tipos de violencia) afectan a la guardia y custodia de los menores para salvaguardar su interés superior.

### **3. 2. Procesos penales que afectan a la guardia y custodia de los menores**

A modo de introducción, hay que tener en cuenta que hay algunos procesos penales que implican la extinción de la guardia y custodia de los menores que la persona procesada tiene a su cargo. Es decir, no procederá la guardia y custodia de un menor cuando el padre o la madre esté inmerso en un proceso penal debido a ciertos delitos. Además, muchos de esos procesos conllevan también la extinción de la patria potestad, pero solo en algunos casos que serán comentados a lo largo del trabajo. En síntesis, los delitos que modifican la guardia y custodia se pueden englobar en: atentados contra la vida, integridad física o moral, libertad, indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ello. La guardia y custodia tampoco es procedente cuando el Juez halle indicios fundados de violencia doméstica o violencia de género<sup>14</sup>. Estos delitos afectan a la guardia y custodia sin importar el tipo que sea (monoparental o compartida). Todo esto viene recogido en el artículo 92.7 del Código Civil<sup>15</sup>: *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica* (artículo 92.7 Código Civil).

---

<sup>14</sup> Legalik. (sin fecha). Procesos penales abiertos para custodia compartida. Disponible en: <https://www.legalik.com/abogados/divorcio/procesos-penales-abiertos-para-custodia-compartida.e1860/legislacion.f5426/>

Visitado por última vez el 23/03/2023

<sup>15</sup> Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889

El fundamento de que estos delitos modifiquen la guardia y custodia de los menores es salvaguardar el interés superior del menor. Como ya se ha visto, el interés superior del menor es un concepto fundamental a la hora de aplicar las legislaciones de menores de edad, y es imprescindible tenerlo en cuenta para poder proteger de forma adecuada a los menores. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo relativo a cómo proteger a los menores de forma adecuada también resulta muy útil, por lo que será comentada en el siguiente apartado.

### **3. 3. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo**

Establecidos ya los procesos penales que afectan a la guardia y custodia de los menores, conviene analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este asunto a través de varias sentencias: SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015. En estas sentencias, el Tribunal da una justificación al asunto: “Los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familia tienen una *«evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada»* (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015)<sup>16</sup>. En esta Sala del Tribunal, es doctrina que la custodia compartida conlleve como premisa una necesidad de mutuo respeto por parte de los padres. Los padres deben comportarse de forma respetuosa en su relación, con conductas y actitudes que vayan a favor del interés superior del menor. Sin perturbar en ningún caso su desarrollo emocional y su crecimiento personal. Es por este motivo, por el que los delitos citados anteriormente conllevan la inhabilitación de la guardia y custodia del menor. Teniendo esta doctrina del Tribunal Supremo en cuenta, es evidente que la inhabilitación de la guardia y custodia causada por los delitos citados favorece el interés del menor.

La necesidad de mutuo respeto por parte de los padres es algo fundamental de cara al desarrollo de los menores, ya que el impacto de la violencia en los menores es muy negativo y puede suponer graves riesgos para el desarrollo normal de un menor. En el

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013 [versión electrónica - base de datos Vlex: Ref. STS 257/2013]. Fecha de la última consulta: 21 de febrero de 2023.

siguiente apartado se explica el impacto de la violencia en los menores, empezando por el impacto que tienen los procesos penales en los menores de edad.

### **3. 4. El impacto de la violencia en los menores**

Los procesos penales pueden tener un impacto significativo en los menores de edad que están involucrados, ya sea como víctimas, testigos o como personas acusadas de un delito. En primer lugar, se da un impacto emocional y psicológico, que puede llegar a ser muy estresante y traumático para el menor. En consecuencia, la vida cotidiana del menor también se ve afectada. Por otro lado, el menor también se puede ver afectado en su esfera social, lo cual puede generar un impacto negativo en su autoestima. Según el despacho de abogados “IURIS”, situado en Bilbao,<sup>17</sup> *“la participación de menores en los procedimientos penales, en especial cuando ellos han sido las víctimas, puede llevarles a un trastorno psicológico tan importante que, de facto, suponga lo que ha venido en denominarse una victimización secundaria, al verse obligados a recordar en el juicio los hechos padecidos”*. Este hecho debe tenerse en cuenta, pero siempre hay que tener en cuenta el principio de contradicción (elemento integrante del derecho a la defensa, conforme al cual toda persona tiene derecho a confrontar las pruebas que se presentan en su contra). En conclusión, el Tribunal debe hacer una ponderación de los derechos de ambas partes, la del menor a no pasar por el trance de una declaración que pueda suponerle algún trastorno psicológico y la del acusado a la debida defensa legal. No debe imponerse un derecho al otro, sino que debe buscarse un encaje de ambos sin que resulte perjuicio alguno para ninguna de las partes.

No cabe duda de que las consecuencias de un proceso penal en un menor son tremendamente negativas. Tanto en la esfera social, como en la esfera psicológica del menor, afectando incluso a su normal desarrollo y crecimiento personal. Las consecuencias más evidentes son las emocionales y familiares, pero existen muchas otras consecuencias negativas no tan evidentes, como la interrupción de la educación del menor, la estigmatización social o la dificultad de desarrollarse personalmente.

Los procesos penales que afectan a los menores son una de las formas en las que un menor puede sufrir violencia, obviamente existen muchas otras formas en las que un menor

---

<sup>17</sup> IURIS Estudio jurídico. (diciembre 2019). La declaración de los menores en los juicios penales. Disponible en: <https://iurisbilbao.es/la-declaracion-de-los-menores-en-juicio-abogados-bilbao/>  
Visitado por última vez 27/03/2023



puede sufrir violencia, pero es evidente que todas las formas, de una manera u otra, afectan negativamente al menor, y que es necesario establecer una protección adecuada para ello.

Tras haber explicado el impacto de la violencia en los menores, es pertinente hacer una introducción a la violencia de género, para así poder explicar el impacto que tiene la violencia de género en los menores. La violencia de género, al igual que la violencia contra los menores, es un grave problema social, que tiene incidencia directa en la vida de los menores y un impacto muy negativo que será explicado en el próximo apartado.

### **3. 5. La violencia de género y su impacto en los menores**

Con los delitos que atentan contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, no cabe duda de que el interés del menor se ve terriblemente perjudicado, y por ello se modifica la guardia y custodia. Al igual que se tiene que modificar en las situaciones en las que el cónyuge se encuentra inmerso en un proceso penal por un presunto delito de violencia doméstica o violencia de género, en el que se haya dictado una resolución motivada en la existencia de indicios fundados y racionales de criminalidad, (ya que el interés del menor también se ve muy perjudicado). Pero en algunos casos de delitos de violencia doméstica o violencia de género, hay cierta casuística en la que brota una cierta polémica de si realmente se está salvaguardando el interés superior del menor al modificar la guardia y custodia. Por ello, es preciso en este punto hacer una pequeña introducción a la violencia de género, para entenderla al completo y poder juzgar con objetividad cómo afecta a la guardia y custodia de los menores.

En este punto del apartado, es pertinente hacer una pequeña introducción a la violencia de género, para así poder concluir con este tercer capítulo del trabajo y empezar con el análisis de la LOPIVI.

La violencia de género viene definida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta ley, en su artículo 1.1., define la violencia de género: “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”, y

“comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”<sup>18</sup>.

La Ley Integral contra la Violencia de Género establece un marco legal específico para combatir este tipo de violencia, y para proteger a las mujeres que la sufren. Entre las medidas incluidas en esta ley se encuentran: la protección y asistencia a las víctimas, la creación de órganos judiciales especializados en violencia de género, la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y la educación en valores de igualdad y respeto.

Pero, a pesar de los avances en la lucha contra la violencia de género en España, sigue siendo un problema persistente que requiere la implicación de toda la sociedad en su erradicación. La *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* afirma que, a pesar de que España se presenta como uno de los países más avanzados en esta materia, tras más de 15 años de la aparición de dicha Ley, la acción jurídica que propone sigue siendo insuficiente para la erradicación de la violencia de género y doméstica<sup>19</sup>.

La violencia de género es un concepto que engloba muchos actos violentos distintos, los cuales ya han sido mencionados con anterioridad en este capítulo. La diferencia es que estos delitos se ejercen sobre una mujer por el hecho de ser mujer. El móvil del delito es distinto, pero las repercusiones de la violencia vicaria en el menor son igual de negativas. Es decir, la forma en la que afecta al interés superior del menor es la misma, por lo que no cabe ninguna duda de que la violencia de género debe afectar a la guardia y custodia de los menores que la sufren.

Además, se ha demostrado que la simple exposición a la violencia de género es causante de efectos negativos para los hijos e hijas de las mujeres víctimas, cualquiera que sea la edad de los menores, quienes pueden sufrir la violencia de forma directa, en forma de malos tratos físicos o emocionales, o de forma indirecta, siendo testigos de los actos violentos que padecen sus madres<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

<sup>19</sup> Pastor-Gosálbez, I; Belzunegui-Eraso, A; Calvo Merino, M. y Pontón Merino, P. (2021). “Analysing Gender-Based Violence in Spain Fifteen Years after the Implementation of Law 1/2004”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (número 174), 109-128.

<sup>20</sup> Sepúlveda de la Torre, A. (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 12 (33-34), 181-217.

Tras haber explicado la violencia contra los menores y su impacto en los mismos, se hará una introducción a la LOPIVI en el siguiente capítulo, y a todos los cambios que introduce en la protección contra la violencia infantil.

## **CAPÍTULO 4. INTRODUCCIÓN A LA LOPIVI**

La LOPIVI es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. La aprobación de esta ley ha sido un gran avance en lo referido a protección de menores de edad en España. Pero esta ley sólo es el principio, aún se debe de dar un cambio de paradigma en la sociedad para poder erradicar realmente la violencia contra los menores.

Esta ley ha introducido una variedad de mecanismos que irán siendo comentados a lo largo del trabajo, y que sirven para prevenir la violencia, tanto a nivel estatal, como a nivel autonómico y local. Pero, como ya he comentado, es necesario un cambio en la mentalidad de la sociedad para poder frenar la violencia de forma contundente y eficaz.

Para favorecer este cambio de mentalidad, es conveniente entender y conocer esta ley, que trataré de analizar y explicar lo mejor posible para ello. En primer lugar, las personas, instituciones, organizaciones y administraciones que trabajan por los derechos de la infancia, deben entender esta ley, para conseguir su efectiva aplicación.

Los Estados tienen la responsabilidad primaria de proteger y promover los derechos de los menores, y deben establecer administraciones y organismos especializados encargados de asegurar la protección de este tipo de derechos, ya que protegen a un colectivo de especial vulnerabilidad. Esto puede incluir organismos gubernamentales, como ministerios de infancia o institutos del menor, u organismos independientes encargados de supervisar y garantizar el cumplimiento de las políticas y leyes relacionadas con los derechos de los menores. Por ello, estas administraciones deben conocer la ley, para poder satisfacer el interés superior del menor de la mejor forma posible.

En segundo lugar, como ya se ha explicado, la sociedad es la que debe conocer y entender la ley, para dar un paso adelante en el cambio de mentalidad y facilitar el proceso para evolucionar a un mundo en el que se dé un rechazo rotundo a la violencia ejercida contra los menores.

A modo introductorio, cabe comentar la necesidad que había de crear esta ley. Pues, con anterioridad a esta ley, el ordenamiento jurídico español no estaba ajustado por completo al modelo de protección integral con enfoque de derechos humanos<sup>21</sup>. Antes de esta ley, la respuesta a la violencia infantil estaba centrada en sanciones penales al que ejerce la violencia, y en una red de ayuda para las víctimas. Esto no estaba del todo ajustado al modelo de derechos humanos de la Convención sobre los Derechos del Niño. El modelo de derechos humanos de la Convención sobre los Derechos del Niño establece los principios fundamentales de no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida y desarrollo, y prevención de la violencia contra la infancia, así como una serie de derechos específicos que garantizan la protección y promoción de los derechos de los niños en todo el mundo. Antes de la LOPIVI no había ningún mecanismo de prevención de este tipo de violencia.

Por ello, era necesario crear esta ley, que contempla varios mecanismos de prevención de la violencia, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, la ley anterior no contemplaba de forma completa el impacto de la violencia en los niños y niñas. Ya que, los menores pueden presentar síntomas muy distintos en respuesta a una misma violencia, pero las consecuencias siempre son negativas independientemente de los síntomas que se muestren. La ley anterior no contemplaba todos los ámbitos que se pueden ver afectados por la violencia: físico, cognitivo, social o emocional. En cambio, la LOPIVI sí que contempla todos los ámbitos que se pueden ver afectados. Además, las cifras sobre violencia contra la infancia en España son alarmantes. Según datos del Ministerio en 2020, se presentaron 35.778 denuncias que tenían como víctima a un menor de edad<sup>22</sup>. De ellas:

- 5.685 denuncias por delitos contra la libertad sexual, la mayoría contra niñas, que siguen representando el 50% sobre la totalidad.

---

<sup>21</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>22</sup> Ibidem. Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

- 5.851 denuncias por violencia en el ámbito familiar, siendo las más afectadas las adolescentes entre 14-17 años.

Por otro lado, el Registro Unificado de Maltrato Infantil<sup>23</sup> registró en 2019 un total de 15.365 notificaciones de maltrato (1.412 de abuso sexual, 5.952 de maltrato emocional, 3.654 por maltrato físico y 8.755 por negligencia).

No hay que olvidarse de que estas cifras son solo una pequeña parte de las reales, con las graves consecuencias que conlleva para las víctimas y para el conjunto de la sociedad. Además, el Comité de Derechos del Niño recomendó a España en 2010 adoptar un marco normativo e institucional adecuado para abordar de manera eficiente y conforme a las exigencias de derechos humanos la violencia que sufren las personas menores de edad<sup>24</sup>. Esta recomendación fue analizada en una Subcomisión del Congreso de los Diputados creada ad hoc en 2014 y se reflejó en una Proposición no de Ley del Congreso de los Diputados aprobada por unanimidad (2017) en la que se instaba al Gobierno a presentar un proyecto de ley para la erradicación de la violencia contra la infancia. Finalmente, el 4 de junio de 2021 fue aprobada la LOPIVI.

En conclusión, no cabe duda sobre la necesidad que había de crear una nueva ley de protección frente a la violencia contra los menores, tanto necesidad jurídica como necesidad social, la LOPIVI era algo necesario.

Tras esta reflexión sobre la necesidad de la LOPIVI, cabe preguntarse ahora: ¿por qué una ley orgánica? Para responder a esta pregunta es preciso hacer referencia al artículo 15 de la Constitución<sup>25</sup>: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Teniendo en cuenta este artículo de la Constitución, la LOPIVI define su objetivo de la siguiente forma<sup>26</sup>: “*garantizar los derechos fundamentales de los niños,*

---

<sup>23</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>24</sup> Ibidem. Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>25</sup> Constitución española

<sup>26</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

*niñas y adolescentes a su integridad física, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral*". Esta definición implica una protección constitucional reforzada, ya que el desarrollo de derechos fundamentales es una de las materias esenciales en un Estado democrático de Derecho como España.

Por ello, el desarrollo legal de estos derechos debe llevarse a cabo a través de una ley orgánica, ya que es un tipo de ley que necesita mayoría absoluta para su aprobación, garantizando así el consenso y la estabilidad en materias esenciales para el Estado. En este caso, la LOPIVI fue aprobada por 297 votos a favor (de un total de 350 Diputados). También es importante mencionar que no todos los preceptos que alberga la LOPIVI son orgánicos, algunos son de naturaleza ordinaria.

Para finalizar este apartado, es importante tener en mente que los derechos reconocidos en el artículo 15 de la Constitución (ya mencionado) son garantizados a través de recursos preferentes y sumarios, así como recursos de amparo constitucional.

## **CAPÍTULO 5. APORTACIONES GENERALES QUE INTRODUCE LA LOPIVI EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES**

La LOPIVI ha introducido muchas aportaciones en la protección de los menores. En este quinto capítulo se explican las aportaciones más relevantes para la protección de los menores y la lucha contra la violencia infantil.

### **5.1. Grandes aportaciones de la LOPIVI**

La LOPIVI ha supuesto un paso adelante en la lucha contra la violencia infantil. Como ya se ha dicho anteriormente, la respuesta a la violencia infantil no estaba adaptada por completo al modelo de derechos humanos de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este primer apartado, se explican las grandes aportaciones que introduce la LOPIVI con el objetivo de adaptar por completo la protección de los menores en España al modelo internacional de la Convención de los Derechos del Niño. Las aportaciones más importantes que hace la ley en este sentido son muchas, pero destacan varias de ellas.

En primer lugar, la ley crea un sistema de protección integral contra la violencia infantil<sup>27</sup>: se prevé la creación de un plan de coordinación de actuaciones por parte de las distintas administraciones competentes. Esta estrategia de coordinación pretende sensibilizar, prevenir y detectar de forma precoz la violencia contra la infancia en todos sus ámbitos: social, educativo, familiar, deportivo, ocio, etc.

La LOPIVI pretende establecer un enfoque de prevención de la violencia contra la infancia. El objetivo primordial de la ley es evitar que la violencia llegue a producirse, y trata de crear entornos seguros para la infancia con ese objetivo. Por otro lado, las partes que deben crear esos entornos seguros deberán recibir una formación específica para ello, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

También es importante la creación del principio de buen trato: la ley no se limita simplemente a luchar contra la violencia contra la infancia y adolescencia, sino que además impone el principio del buen trato. Este principio implica que, para garantizar el desarrollo holístico del menor, hay que atender a su interés superior, garantizando su participación en sus evaluaciones sin ningún tipo de discriminación.

Otra gran aportación de la LOPIVI es el fortalecimiento del derecho a ser escuchado establecido la observación general número 12 del Comité de los Derechos del Niño<sup>28</sup>. Para proteger a los menores de la violencia es necesario escucharlos. Por ello, la ley permite que un menor pueda denunciar sin la necesidad de acompañamiento por parte de su tutor. Esto es algo de crucial importancia en aquellos casos en los que la violencia provenga del propio tutor. El fortalecimiento del derecho a ser escuchado también se ve fortalecido a través del aumento del valor que la ley concede a las opiniones de los menores. Si la opinión de un menor no coincide con la de su tutor, se considera que hay un conflicto de intereses, y se procederá al nombramiento de un defensor judicial que defienda el interés superior del menor. Pero, es imperativo tener en cuenta que no se debe confundir la opinión del menor con su interés<sup>29</sup>, ya que entonces no se le estaría

---

<sup>27</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/> Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>28</sup> Observación General N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño, 20 de julio de 2009

<sup>29</sup> Roda y Roda, D. (2013). *El Interés del Menor en el Ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a Ser Oído*. Dykinson, S. L.

protegiendo de forma adecuada. Por último, la ley refuerza los mecanismos de denuncia en centros de protección.

Además, la LOPIVI ha creado dos figuras muy relevantes para la prevención, detección y protección de los menores de edad frente a la violencia, los coordinadores de bienestar y el delegado de protección. El objetivo de estas figuras es servir de referencia al menor para la prevención y protección frente a la violencia. El coordinador de bienestar en el ámbito educativo y el delegado de protección en el ámbito del deporte y del ocio. Sus funciones principales son gestionar y coordinar las actuaciones y servicios necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas de violencia, además de velar por la protección sus derechos.

Una aportación interesante de la LOPIVI es la prohibición de prácticas que atentaban contra la integridad de los menores de edad. Teniendo en cuenta las recomendaciones del Defensor del Pueblo, la LOPIVI ha prohibido las medidas de contención mecánica a punto fijo y la realización de desnudos integrales u exploraciones genitales en el procedimiento de determinación de la edad, por ser especialmente invasivas.

La LOPIVI también ha aportado la creación de la Conferencia Sectorial<sup>30</sup>. Su nombre oficial es la Conferencia Social de Infancia y Adolescencia. Es el órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección y desarrollo de los menores de edad. Tanto en asuntos relacionados con la violencia como en asuntos no relacionados con la violencia.

Una de las aportaciones más importantes de la LOPIVI es la prueba preconstituida. En el esfuerzo de evitar la revictimización de los menores de edad víctimas de violencia en los procesos judiciales, la ley restablece la obligatoriedad de realizar la prueba preconstituida cuando<sup>31</sup> *el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección*. Por lo que, su declaración en juicio se convierte en excepcional.

---

<sup>30</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>31</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia



La última gran aportación de la LOPIVI es la ampliación de los plazos de prescripción. El tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra menores de edad se extiende. Se modifica el día de comienzo del cómputo del plazo, que pasa a ser cuando la víctima haya cumplido treinta y cinco años<sup>32</sup>. El plazo de prescripción para delitos graves es de 15 o 20 años en función de la pena del delito.

Estas son las aportaciones más relevantes que introduce la LOPIVI para ajustar por completo el modelo de protección español al modelo de protección internacional. Todas estas aportaciones recién explicadas permiten que el modelo español se ajuste a la integralidad de la protección y a la prevención de la violencia infantil que exige la Convención de los Derechos del Niño. Además, también ayudan a reforzar el interés superior del menor, el cual es otra exigencia primordial del modelo de la Convención de los Derechos del Niño. Como ya se ha visto en este trabajo, el interés superior del menor ya estaba regulado en España, pero con estos cambios que introduce la LOPIVI se refuerza aún más.

Tras haber visto resumidamente las grandes aportaciones de la LOPIVI, es conveniente fijar varios conceptos clave que se desarrollan en la ley, con el fin de poder realizar un análisis completo y profundo.

## **5. 2. Conceptos clave de la LOPIVI**

En el presente apartado se definen los conceptos clave de la LOPIVI. Son conceptos fundamentales que se desarrollan a lo largo de la ley, por lo que es necesario comprenderlos para entender la ley en su conjunto.

El primer concepto clave es el enfoque de derechos. La lucha contra la violencia infantil es algo fundamental dentro del modelo de derechos humanos. El enfoque de derechos de la LOPIVI afecta a los poderes públicos y a los menores de edad.

Los poderes públicos tienen la obligación jurídica de garantizar los derechos reconocidos a los menores de edad, así como abordar la violencia infantil y su prevención. El enfoque de estos derechos está basado en la interdependencia e invisibilidad de todos los derechos

---

<sup>32</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

que la ley concede a los menores de edad. Por lo que, los poderes públicos deberán responder por sus actuaciones, ya que tienen un impacto en los menores de edad, y deben medir previamente sus futuras actuaciones.

Por otro lado, los menores de edad tienen derecho de participación en la vida pública y todas las decisiones que les afecten, ya sea de forma directa o indirecta<sup>33</sup>. Por lo que no son simplemente receptores de ayuda, sino que son parte del proceso que les protege.

Otro concepto clave desarrollado en la ley es la protección integral, el cual está directamente relacionado con el concepto de enfoque de derechos recién explicado.

La protección del Estado no se limita a la intervención reactiva, sino que está basada en la prevención de la vulneración de derechos, así como en la promoción de derechos. Es decir, la protección integral hace referencia a la totalidad de vulneraciones de derechos, no sólo a las vulneraciones ya cometidas, sino a aquellas que aún no se han cometido y que hay que prevenir. Este enfoque de protección integral está basado en la universalidad de derechos humanos, por lo que se deben garantizar a todos los menores de edad sin discriminación alguna. La integralidad de la protección significa que no sólo se deben dar medidas jurídicas, sino que se deben dar todas las medidas necesarias para poder asegurar el disfrute de los derechos que la LOPIVI concede al menor. Por lo que no sólo encontraremos medidas jurídicas en la protección de los menores de edad, sino que también habrá medidas económicas (ayudas), medidas estadísticas, medidas educativas, medidas presupuestarias, medidas de cooperación internacional ... La integralidad de la protección también afecta a los sujetos que deben garantizar la protección, no sólo las familias y el Estado deben garantizar la protección, la sociedad civil, el sector empresarial y todos los profesionales de la infancia también deben garantizar la protección de los derechos de los menores de edad (incluso antes de su efectiva vulneración).

Es decir, los sujetos obligados a proteger a los menores de edad frente a la violencia son<sup>34</sup>: las familias, los poderes públicos, el sector empresarial, la sociedad civil y todos los

---

<sup>33</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>34</sup> Ibidem. Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/> Visitado por última vez el 04/04/2023

profesionales de la infancia. Y deben hacerlo siguiendo el modelo de derechos de la Convención de Derechos del Niño (comentado en el Capítulo 3 de este trabajo), dando prioridad a la prevención de la violencia y a las causas que la generan.

El siguiente concepto clave que aborda la LOPIVI es la violencia. La violencia puede manifestarse de muchas formas, por ello, la ley define qué entiende por violencia en su artículo 1.2.: <sup>35</sup>“ *En cualquier caso, se entenderá por violencia: el maltrato físico, psicológico o emocional los castigos físicos, humillantes o denigrantes el descuido o trato negligente las amenazas, injurias y calumnias la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso la violencia de género la mutilación genital la trata de seres humanos con cualquier fin el matrimonio forzado, el matrimonio infantil el acceso no solicitado a pornografía la extorsión sexual la difusión pública de datos privados la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar*”. Como podemos comprobar, el artículo hace una lista exhaustiva de todos los actos que se entienden como violencia, es una definición completa, incluso más completa que la que hace la Convención de Derechos del Niño. Esta exhaustividad con la que se define la violencia es, cuanto menos, positiva para la lucha contra la violencia. Al estar definidas todas las manifestaciones de la violencia contra la infancia, es más fácil poder prevenir y luchar contra ella en todos sus ámbitos, ya que no hay ninguna manifestación de la violencia que no esté definida en la ley. En este punto, la LOPIVI sirve como referencia a nivel internacional en el desarrollo de las diferentes legislaciones contra la violencia infantil, tanto por su exhaustividad como por su elocuencia y rigor.

El buen trato es un concepto clave que viene definido en el artículo 1.3. de la LOPIVI: <sup>36</sup>“*Se entiende por buen trato a los efectos de la presente ley aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes*”. La ley no se limita a eliminar la violencia infantil, sino que impone el buen trato a los

---

<sup>35</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

<sup>36</sup> *Ibidem*. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

menores de edad para garantizar su desarrollo holístico, atendiendo en todo momento al interés superior de cada menor, y garantizando su participación en su evaluación y determinación, sin discriminar de modo alguno.

El último concepto clave que desarrolla la ley son los entornos seguros. La eliminación de la violencia en todas sus manifestaciones y el buen trato a los menores de edad debe garantizarse en todos los ámbitos en los que el menor se desarrolla. La LOPIVI define los entornos seguros: <sup>37</sup> “*Se entenderá como entorno seguro aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital*”. Los ámbitos calificados como entornos seguros por la LOPIVI son: <sup>38</sup>

- La familia (artículo 26.1 LOPIVI).
- Los centros educativos (artículo 31.3 LOPIVI).
- Ámbito deportivo y de ocio (artículo 47 LOPIVI).
- Ámbito digital (artículo 46.2 LOPIVI).
- Los centros de protección (artículo 53.1 LOPIVI).

La LOPIVI no menciona expresamente a los servicios sociales como entorno seguro, pero se da a entender en el artículo 12: “*Las administraciones públicas procurarán que la atención a las personas menores víctimas de violencia se realice en espacios que cuenten con un entorno amigable adaptado a la niña, niño o adolescente*”<sup>39</sup>.

Pueden darse situaciones en las que un entorno que debería ser seguro no lo es. Por ello, la LOPIVI introduce modificaciones que afectan a algunos de los entornos seguros. En los siguientes apartados se verán algunos de los cambios que se dan en la regulación de los profesionales en contacto habitual con los menores, para asegurar así que los centros educativos, deportivos, de ocio, etc. sean centros verdaderamente seguros. Por otro lado, en el capítulo 6 se analizarán algunos de los cambios que se dan en la regulación de la

---

<sup>37</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

<sup>38</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>39</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

guardia y custodia y patria potestad de los menores, para asegurar así que la familia sea un entorno realmente seguro.

Tras haber comentado todos los conceptos clave que desarrolla la LOPIVI, es conveniente en este punto explicar los cambios referidos a la contratación de profesionales, ya que suponen un paso muy positivo en la protección legal de los menores y la lucha contra la violencia infantil.

### **5.3. Contratación de profesionales**

En el Capítulo 4 (de introducción a la LOPIVI) se explica que las instituciones que trabajan por los derechos de la infancia deben conocer esta ley para conseguir su efectiva aplicación. Y no sólo porque sea necesario conseguir su efectiva aplicación, sino también porque estos cambios afectan a los trabajadores (con menores) directamente. Además de cumplir con el deber de conocer la ley en su labor de protección de la infancia, los trabajadores habituales con menores deben conocer la ley por su incidencia directa en las profesiones que ejercen.

La contratación de profesionales está regulada en los artículos 57 a 60 de la LOPIVI<sup>40</sup>. Es destacable la prohibición general de contratar “*a quienes tengan antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos*”<sup>41</sup> (57.3 LOPIVI). Es necesario acreditar la inexistencia de sentencia firme condenatoria por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales. Esto es posible a través de la obtención de una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, en la que no se toman en cuenta los antecedentes cancelados. Los profesionales que deben obtener esta acreditación están definidos en el artículo 57 de la LOPIVI: *Quienes ejerzan profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con niños y niñas*. De forma más concreta, estas profesiones/oficios/actividades<sup>42</sup>:

---

<sup>40</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>41</sup> Ibidem. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

<sup>42</sup> Ibidem. Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

- Conllevan el trato repetido, directo y regular y no meramente ocasional con niños, niñas o adolescentes.
- Todas aquellas que tengan como destinatarios principales a personas menores de edad.
- Se incluyen a quienes trabajan por cuenta ajena y a quienes realicen actividades en régimen de voluntariado (artículo 59 LOPIVI).

En cuanto a los efectos, si ya existe condena previa a la contratación, implica la imposibilidad legal de contratar. Si la condena es sobrevenida tras la contratación, implica el cese inmediato de la relación laboral, la empresa puede optar por un cambio de puesto de trabajo siempre que el nuevo trabajo no implique contacto habitual con menores de edad. Por otro lado, es responsabilidad del trabajador comunicar a su empleador cualquier cambio en el Registro Central de Delincuentes Sexuales, incluso de cambios derivados por actuaciones previas al inicio de la relación laboral. Por último, la responsabilidad de las empresas u entidades viene definida en el artículo 59.3 de la LOPIVI: *“La empresa que incumpla la obligación de exigir la certificación negativa de antecedentes sexuales quedará sujeta al régimen sancionador que establezca legalmente la comunidad autónoma respectiva”*<sup>43</sup>. No cabe duda de que la contratación de profesionales es algo crucial a la hora de favorecer el interés superior del menor, por lo que es imperativo que las distintas empresas y entidades cumplan con rigurosidad este requisito, con el objetivo de luchar contra la violencia infantil de la forma más eficaz posible.

Siguiendo con los cambios que introduce la LOPIVI, es preciso hablar de la formación y la capacitación de los profesionales de la infancia. El presente apartado estaba centrado en la contratación de los profesionales de la infancia, es decir, los requisitos necesarios para su contratación. En cambio, el siguiente apartado explica los cambios en la formación y capacitación de los profesionales una vez han sido contratados.

#### **5. 4. Formación y capacitación**

La LOPIVI no se limita simplemente a la regulación de la contratación de profesionales (apartado anterior), sino que también regula la formación y capacitación que deben tener los profesionales en el ejercicio de sus funciones, una vez han sido contratados.

---

<sup>43</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

La formación y la capacitación son dos conceptos clave a la hora de detectar situaciones de violencia. La LOPIVI otorga una importancia vital a la formación en materia de derechos de la infancia y adolescencia. Las administraciones públicas, ya sean estatales, autonómicas o locales, son las encargadas de promover y garantizar la formación en materia de derechos de menores de edad (dentro de sus respectivas competencias). La formación debe ser especial, inicial y continua<sup>44</sup>, en derechos de menores de edad. Esta formación debe estar dirigida a los profesionales que realicen un contacto habitual con los menores de edad. Además, los docentes y educadores deben recibir una formación específica en materia de educación inclusiva<sup>45</sup>. El contenido mínimo que debe tener la formación tendrá en cuenta la perspectiva de género, de discapacidad y de otros niños en situación de vulnerabilidad. Y debe incluir los siguientes puntos: educación en prevención y detección precoz de violencia, cómo actuar cuando se han detectado indicios de violencia, formación específica en seguridad y uso responsable de internet, el buen trato a los menores, cómo identificar factores de riesgo y de mayor exposición a la violencia, mecanismos para evitar la victimización secundaria, impacto de los roles y estereotipos de género en la violencia que sufren los menores de edad.

Con esta formación es suficiente para poder satisfacer el interés superior del menor. La lista de contenido mínimo puede resultar algo exhaustiva, pero es necesaria para que los profesionales de la infancia puedan identificar y prevenir la violencia con eficacia. Con esta formación, se consigue que los profesionales de la infancia tengan una visión más integral de la violencia contra la infancia, y les permite poder identificarla de forma precoz, reduciendo así el daño que se genera en el menor. Ya se ha visto con anterioridad en este trabajo, que antes de la LOPIVI, la lucha contra la violencia era reactiva, y no preventiva. Con la nueva formación mínima que deben realizar todos los profesionales, se puede apreciar que esta ley ha cambiado la forma de afrontar la violencia contra la infancia, identificándola con anterioridad y reduciendo daños. Antes de la ley, la

---

<sup>44</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>45</sup> Ibidem. Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

formación de los profesionales estaba más orientada en afrontar las consecuencias de la violencia en los menores, pero con la LOPIVI, se puede comprobar que la formación de los profesionales está más orientada a la prevención y detección precoz de la violencia, dando así un paso adelante en la lucha contra la violencia infantil.

Por último, la LOPIVI establece la implicación de la Educación Superior en la erradicación de la violencia contra la infancia y la adolescencia en sus artículos 36 y 37. Los Centros de Educación Superior (universidades principalmente) deberán introducir los derechos de la infancia en sus funciones académicas y de investigación.

Todos estos cambios en la formación y capacitación de profesionales suponen un gran refuerzo de la protección de los menores, y ayudan a prevenir la violencia infantil antes de que se produzca.

### **5. 5. Niveles y ámbitos de actuación**

El último gran cambio de la LOPIVI es establecer la integralidad de la protección que exige el modelo de derechos de la Convención de los Derechos del Niño. Como se explica en el Capítulo 4, la ley anterior no contemplaba todos los ámbitos que se pueden ver afectados por la violencia: físico, cognitivo, social o emocional. En cambio, la LOPIVI sí que contempla todos los ámbitos que se pueden ver afectados, garantizando de esta forma la integralidad de la protección contra la violencia infantil.

La integralidad de la protección contra la violencia infantil incluye todas aquellas medidas necesarias para garantizar los derechos de los menores en todos los espacios en los que se encuentren<sup>46</sup>. La gran novedad de la LOPIVI es la introducción de una serie de niveles y ámbitos de actuación en los que se deben garantizar los derechos de los menores, a no sufrir violencia y al buen trato.

Los diferentes niveles de actuación son<sup>47</sup>:

- Sensibilización: regulado en el artículo 22 de la LOPIVI, hace referencia a la eliminación de la violencia contra la infancia y la promoción de la cultura del buen

---

<sup>46</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>47</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia



trato hacia las personas menores de edad, no sólo mediante medidas legales, sino con una variedad de medidas (económicas, de cooperación ...). El hecho de sensibilizar a la sociedad de la realidad de la violencia contra la infancia es algo primordial en la lucha contra la misma. La sensibilización se lleva a cabo a través de campañas y acciones concretas de información que las Administraciones públicas deben promover.

- Prevención: regulado en el artículo 23 de la LOPIVI, se establece que la prevención de la vulneración de derechos debe tener carácter prioritario frente a las respuestas consistentes en atender a víctimas y su reparación. La prevención se lleva a cabo a través de planes y programas enmarcados en la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la infancia y adolescencia. Las actuaciones concretas en materia de prevención se encuentran reguladas en el artículo 23.3 de la LOPIVI.
- Detección precoz: regulado en el artículo 25 de la LOPIVI, uno de los fines principales de la ley es la detección precoz de la violencia, ya que permite una intervención que evite que la situación se agrave. La detección precoz se lleva a cabo a través de la formación y capacitación de profesionales y menores (explicada en el anterior apartado de este capítulo).

Por otro lado, existen diferentes ámbitos de actuación en los que se deben garantizar los derechos de los menores sin discriminación alguna<sup>48</sup>: ámbito familiar, educativo, de intervención social, centros de protección, sanitario, deportivo y de ocio, digital y policial. La legislación anterior no contemplaba todos estos ámbitos, y es por ello por lo que el modelo español no estaba ajustado por completo a la integralidad del modelo internacional. Con este cambio, la ley contempla todos los ámbitos, ajustándose así por completo al modelo de derechos humanos de la Convención de los Derechos del Niño.

Todos los apartados del presente capítulo reflejan las principales aportaciones que ha introducido la LOPIVI en la protección de los menores de forma general. En el siguiente capítulo se hará referencia a varias de las modificaciones legales en materia civil y penal

---

<sup>48</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>  
Visitado por última vez el 04/04/2023

que introduce la LOPIVI, para así poder comprobar el impacto concreto que ha tenido la LOPIVI en el ordenamiento jurídico español.

## **CAPÍTULO 6. MODIFICACIONES LEGALES CONCRETAS QUE INTRODUCE LA LOPIVI**

### **6. 1. Modificaciones relativas a la guardia y custodia y patria potestad**

En el Capítulo 3 (apartado 3.2) se comentan los delitos que, al cometer un progenitor, conllevan la modificación de la guardia y custodia del menor que tenían a su cargo. La modificación de la guardia y custodia en estos casos tiene como objetivo satisfacer el interés superior del menor, ya que es una situación de violencia (directa o indirecta) con graves consecuencias para el menor. La LOPIVI ha cambiado algunos de los escenarios en los que se encuentra un menor en estos casos de modificación de guardia y custodia causada por el delito de un progenitor. Tanto cambios en materia civil, como cambios en materia penal. Es importante tener en cuenta que la LOPIVI no sólo es una herramienta de prevención y detección precoz de la violencia contra la infancia, sino que también es una herramienta para dar apoyo a los menores que se encuentran en situaciones de violencia, como, por ejemplo, que uno de sus progenitores se vea sometido a un proceso penal que conlleve un cambio en su guardia y custodia. No cabe duda de que esta es una situación de violencia, y la LOPIVI apoya y protege a los menores que se encuentran en estas situaciones.

El primer cambio que realiza la LOPIVI en este tipo de situaciones es de apoyo, ayudando al menor que se encuentra en una situación de violencia a través de la creación de las Oficinas de Atención a la Víctima (OAV). Estas oficinas son las encargadas de prestar asistencia y apoyo a menores de edad en el ejercicio de sus derechos previstos en la LOPIVI<sup>49</sup>. Son un mecanismo de coordinación de los servicios y recursos de protección de los menores de edad (artículo 9.4 LOPIVI)<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>50</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Otros de los cambios que introduce la LOPIVI en situaciones de violencia contra el menor es la mejora y el incremento de la participación de los menores de edad en su derecho a ser escuchados. Con la LOPIVI, este derecho cobra una importancia vital en la lucha contra la violencia infantil. La ley define que uno de los fines que persigue es “*reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria*” (artículo 3.e LOPIVI)<sup>51</sup>. Con este artículo, se refuerza el derecho de los menores a ser escuchados, y podrá prevenir situaciones de violencia en las que el menor tiene conocimiento de la situación de violencia, pero no tiene ninguna figura de protección o apoyo. Con la creación de las OAVS y el refuerzo de este derecho, (que en la formación mínima introducida por la LOPIVI se traslada a los profesionales de la infancia), la situación de menores en situaciones de guardia y custodia modificada está más protegida, y se da un paso adelante en la lucha contra la violencia infantil.

El fin de la LOPIVI mencionado en el artículo 3.e se refuerza con los criterios generales de interpretación y actuación recogidos en el artículo 4.1 n: “*Reforzar la autonomía y capacitación de las personas menores de edad para la detección precoz y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos o sobre terceros*” (artículo 4.1.g). “*Asegurar el ejercicio del derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en toda toma de decisiones que les afecte*” (LOPIVI)<sup>52</sup>. Con estos criterios de interpretación y actuación, no cabe duda de que el derecho a ser escuchado del menor queda reforzado con la LOPIVI.

Los fines y principios recién mencionados se concretan en diferentes previsiones legales a lo largo de la LOPIVI<sup>53</sup>: el derecho de información y asesoramiento (artículo 10), el derecho de las víctimas menores de edad a ser escuchadas (artículo 11), la legitimación para la defensa de sus derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia (artículo 13), el derecho a la asistencia jurídica

---

<sup>51</sup> Ibidem. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

<sup>52</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

<sup>53</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

gratuita (artículo 14), la comunicación de situaciones de violencia por parte de los menores (artículo 17), los deberes de información de los centros educativos y establecimientos residenciales (artículo 18), la participación preceptiva en la elaboración de la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia (artículo 21) y la creación del Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia (Disposición final séptima).

Con todos estos deberes y derechos, la LOPIVI aumenta la calidad del derecho de los menores a ser escuchados, y ayuda a la reducción de daños en las situaciones en las que los menores sufren algún tipo de violencia (como la situación en la que la guardia y custodia del menor se ve modificada porque alguno de sus progenitores ha cometido un delito muy grave). Además, el refuerzo de este derecho a ser escuchado también puede ayudar a la prevención de delitos que modifican la guardia y custodia.

Siguiendo con las modificaciones que guardan relación con la guardia y custodia de los menores, se modifica el artículo 92 del Código Civil, (relativo a los procesos de separación, divorcio y nulidad), mediante el refuerzo del interés superior del menor. En los procesos de separación, divorcio y nulidad se prevén cautelas para el aseguramiento del cumplimiento de los regímenes de guardia y custodia. También se modifica el artículo 154 del Código Civil, (relativo a la patria potestad), <sup>54</sup>se establece que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos o hijas menores de edad corresponde, por regla general, a ambos progenitores. Por lo tanto, se requiere el consentimiento de ambos, o una autorización judicial en su defecto, para el traslado del menor de edad. Obviamente, en los casos en los que la guardia y custodia se ha visto modificada debido a que uno de los progenitores ha cometido un delito grave, sólo será necesario el consentimiento del progenitor que no se encuentra en un proceso penal (ya que no supone un riesgo para el menor).

Otra de las modificaciones legales más relevantes que introduce la LOPIVI es la del artículo 158 del Código Civil. Con esta modificación, el juez podrá acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o guardia y custodia con el fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno. Se da la garantía de la audiencia

---

<sup>54</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>  
Visitado por última vez el 04/04/2023

de la persona menor de edad. Esta modificación resulta muy positiva en la lucha contra la violencia infantil, y ayuda a que los menores sufran lo mínimo posible en situaciones de violencia.

La última modificación importante relativa a la guardia y custodia y/o patria potestad es la modificación del artículo 140 bis del Código Penal. Se impone como obligatoria la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones<sup>55</sup>:

- cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o hija.
- cuando la víctima fuera hijo o hija del autor.

Esta modificación del Código Penal afecta a la patria potestad. En el Capítulo 2 se explica la diferencia entre ambas figuras. No cabe duda de que esta modificación nace para satisfacer de la mejor forma posible el interés superior del menor. El Capítulo 2 del presente trabajo explica que la patria potestad es una figura jurídica que abarca más acciones que la guardia y custodia. La guardia y custodia está centrada en la convivencia habitual con los menores, y la patria potestad está centrada en la representación y administración más general de la esfera del menor<sup>56</sup>. Es por esto por lo que, en los casos de crisis matrimonial o de pareja, la patria potestad sigue perteneciendo a ambos progenitores, pero la guardia y custodia pertenecerá a uno de los dos. Con esta modificación del Código Penal, al progenitor que cometa alguno de los delitos mencionados en el artículo se le privará de la patria potestad del menor. Y, por ello, también se le privará de la guardia y custodia. Es obvio que cualquier causa de privación de la patria potestad también conlleva la privación de la guardia y custodia. Esta privación se da para proteger al menor, y no tendría sentido que el padre o madre que haya cometido un delito que le prive de la patria potestad del menor pueda mantener su convivencia habitual con el menor (guardia y custodia), ya que no se estaría protegiendo al menor.

---

<sup>55</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

<sup>56</sup> Conceptos Jurídicos. (sin fecha). Guarda y custodia.

Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

Visitado por última vez el 08/02/2023

Es importante diferenciar la guardia y custodia de la patria potestad. Cualquier causa que modifique la patria potestad también modifica la guardia y custodia, con el objetivo de proteger al menor. Pero la modificación de la guardia y custodia no tiene por qué conllevar la modificación de la patria potestad, ya que pueden ser situaciones en las que no hace falta proteger al menor de sus padres, como situaciones normales de divorcio o separación sin violencia alguna.

Estas son todas las modificaciones relativas a la guardia y custodia y patria potestad que introduce la LOPIVI. En el siguiente apartado se analizarán las demás modificaciones legales relevantes que introduce la LOPIVI, pero que no guardan relación con la guardia y custodia o patria potestad.

## **6. 2. Otras modificaciones**

Una de las modificaciones legales más importantes que introduce la LOPIVI es la modificación del artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se modifica este artículo mediante el establecimiento de una excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar<sup>57</sup>. El cónyuge y familiares o cercanos de una persona que haya cometido un delito grave contra un menor de edad tienen la obligación de denunciar, y la dispensa de obligación de denunciar no aplica en estos casos. Esta modificación es muy positiva en la lucha contra la violencia infantil. Está visto ya que la LOPIVI ha reforzado el derecho de los menores a ser escuchados, pero este refuerzo no es suficiente para la detección precoz de la violencia. La excepción a la dispensa de obligación de denunciar introducida por la LOPIVI sí que puede llegar a detectar de forma precoz la violencia, y puede evitar posibles reincidencias (ya que son casos en los que una persona ha cometido un delito grave contra un menor). Esta modificación hace que eviten delitos contra la infancia, el bien jurídico que se protege (la integridad de los menores de edad) está por encima del bien jurídico que se perjudica (la dispensa de obligación de denunciar al cónyuge o familiares), por lo que resulta una modificación razonable y justa. La LOPIVI también modifica la dispensa de la obligación de declarar regulada en el artículo 416 de

---

<sup>57</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>  
Visitado por última vez el 04/04/2023

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo una serie de excepciones a la misma. Estas excepciones tienen el objetivo principal de proteger al menor en el proceso penal.

Otra modificación importante que realiza la LOPIVI en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la prueba preconstituida del artículo 449 ter. Se establece la obligatoriedad de la prueba preconstituida cuando el testigo sea un menor de edad. En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral<sup>58</sup> (siempre y cuando haya una de las partes interesadas y se considere necesario). Por lo que, la declaración en juicio de los menores de edad se convierte en excepcional, y se establece la práctica de la prueba preconstituida como norma general en la fase de instrucción. Esta modificación está basada en la especial vulnerabilidad de los menores de edad. Ya se ha visto en este trabajo como los procesos penales afectan negativamente a los menores, y mediante esta modificación, se protege al menor, y se reducen los daños que le puede llegar a causar un proceso penal, por lo que me parece un cambio excelente en la protección legal de los menores.

Tras ver todos los cambios que realiza la LOPIVI en materias civil y penal, se puede comprobar que el impacto concreto de la LOPIVI en el ordenamiento jurídico español es muy extenso y profundo. La LOPIVI ha modificado muchas de las leyes del ordenamiento jurídico, y esto es algo que evidencia la mejora en la calidad de la protección de los menores, ya que se crea una protección más amplia y desarrollada.

## **CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES**

Tras toda la investigación realizada en el presente trabajo, no cabe duda de que el impacto de la LOPIVI en la protección legal de los menores ha supuesto un paso muy positivo en la lucha contra la violencia infantil.

A lo largo del trabajo se ha ido evidenciando de la necesidad que había en España de crear una ley que mejorara la protección legal de los menores. No sólo por las preocupantes

---

<sup>58</sup> Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>

Visitado por última vez el 04/04/2023

cifras de violencia contra los menores que hay en España, sino también porque el modelo de protección español no estaba ajustado por completo al modelo de protección internacional (de la Convención de los Derechos del Niño). Por lo tanto, había una necesidad jurídica y social de crear esta ley.

En el aspecto jurídico, la LOPIVI ha enriquecido enormemente la protección legal de los menores en España.

En primer lugar, ha ajustado el modelo de protección español al modelo de protección internacional mediante la regulación de las dos exigencias internacionales que no se cumplían con anterioridad a nivel nacional. Estas dos exigencias que no se cumplían eran la integralidad de la protección y el enfoque de prevención contra la violencia infantil. En respuesta a la primera exigencia, la LOPIVI ha creado y desarrollado una protección integral que cubre todos los niveles y ámbitos en los que un menor se puede ver afectado. En respuesta a la segunda exigencia, la LOPIVI ha introducido y desarrollado un enfoque de prevención contra la violencia infantil, estableciendo una gran variedad de mecanismos para prevenir la violencia antes de que ocurra. De esta forma, la LOPIVI construye un modelo de protección nacional que cumple con todas las exigencias internacionales, y hace que el modelo español sirva de referencia a nivel mundial.

En segundo lugar, la LOPIVI ha mejorado considerablemente el sistema de protección preexistente. Ya sea a través del fortalecimiento de los principios inspiradores de la protección o a través de la creación y modificación de una gran variedad de mecanismos y figuras de protección. En cuanto a los principios inspiradores de la protección, la LOPIVI ha fortalecido el interés superior del menor, y esto se ve reflejado, por ejemplo, en el fortalecimiento del derecho de los menores a ser escuchados. En cuanto a la creación de mecanismos de protección, la LOPIVI ha introducido una gran variedad de ellos, como, por ejemplo, la prueba preconstituida o el establecimiento de la excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar (cuando la víctima de un delito grave sea menor de edad). En cuanto a la modificación de figuras de protección, la LOPIVI ha modificado la regulación de las figuras de guardia y custodia y patria potestad en diversas situaciones de violencia comentadas a lo largo del trabajo. Todas estas modificaciones legales se han hecho atendiendo a la especial vulnerabilidad de los menores de la mejor forma posible, y se hace evidente que el impacto de la LOPIVI en la protección legal de los menores ha sido muy positivo. Además, la LOPIVI ha modificado



más de 15 leyes del ordenamiento jurídico español, por lo que el impacto en la protección legal no es sólo positivo, sino también profundo y extenso. Esta mejora de la protección legal de los menores supone un gran paso en la lucha en la violencia infantil, ya que se ha mejorado una de las herramientas fundamentales en esa lucha, la ley, pero este sólo es el primer paso hacia un mundo libre de violencia infantil, aún queda un largo proceso para llegar a un mundo en el que se rechace con rotundidad la violencia contra los menores.

En el aspecto social, la LOPIVI ha supuesto un paso adelante, pero las cifras de violencia infantil siguen siendo alarmantes aún tras la implantación de la nueva ley. A pesar de que se ha evolucionado a nivel social, aún queda un largo proceso de concienciación, ya que las cifras de violencia infantil de España no corresponden a las cifras de un país con plena conciencia del problema. Aún queda un largo camino que recorrer en ese aspecto, pero la LOPIVI es un excelente primer paso para ello. Es necesario realizar un trabajo exhaustivo de concienciación social para que la aplicación de la ley sea efectiva. Sería conveniente que se enseñara sobre el problema de la violencia contra los menores en el ámbito académico, tanto en estudios obligatorios como en estudios superiores. Este debería ser el segundo punto al que llegar como sociedad en la lucha contra la violencia infantil.

En conclusión, la LOPIVI ha tenido un impacto muy positivo en la protección legal de los menores y ha supuesto un gran paso en la lucha contra la violencia infantil. A pesar de ello, la aprobación de esta ley no es más que el principio de un cambio de paradigma que debemos realizar como sociedad para acabar con la violencia contra los menores en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes legales consultadas:

- Código Civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Constitución española.
- Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013
- Observación General N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño, 20 de julio de 2009
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1 de junio de 1998
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar la ruptura de la convivencia, de 24 de julio de 2014 (438/2014)
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

### Referencias doctrinales/teóricas:

- De Bartolomé Cenzano, J.C. (septiembre 2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Volumen 3, 50-58.
- Pastor-Gosálbez, I; Belzunegui-Eraso, A; Calvo Merino, M. y Pontón Merino, P. (2021). “Analysing Gender-Based Violence in Spain Fifteen Years after the

Implementation of Law 1/2004". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (número 174), 109-128.

- Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M. (2019). *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*. Dykinson, S. L.
- Jiménez-Cabello, J., Becerril, D. y García-Moreno, J. M. (2020). La relación entre reformas legales y la asignación de la custodia compartida en España (2007-2017). *Revista Española de Ciencia Política*, (número 53), 119-142.
- Sepúlveda de la Torre, A. (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 12 (33-34), 181-217.
- Roda y Roda, D. (2013). *El Interés del Menor en el Ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a Ser Oído*. Dykinson, S. L.

#### **Jurisprudencia citada:**

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013 [versión electrónica - base de datos Vlex: Ref. STS 257/2013]. Fecha de la última consulta: 21 de febrero de 2023.

#### **Fuentes electrónicas/online:**

- Conceptos Jurídicos. (sin fecha). Guarda y custodia.  
Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>  
Visitado por última vez el 08/02/2023

- Legalik. (sin fecha). Procesos penales abiertos para custodia compartida. Disponible en: <https://www.legalik.com/abogados/divorcio/procesos-penales-abiertos-para-custodia-compartida.e1860/legislacion.f5426/>  
Visitado por última vez el 23/03/2023
  
- IURIS Estudio jurídico. (diciembre 2019). La declaración de los menores en los juicios penales. Disponible en: <https://iurisbilbao.es/la-declaracion-de-los-menores-en-juicio-abogados-bilbao/>  
Visitado por última vez 27/03/2023
  
- Plataforma de Infancia. (septiembre 2021). Guía de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia/>  
Visitado por última vez el 04/04/2023
  
- Boletín Oficial del Estado. (sin fecha). Legislación de menores. Disponible en: [BOE.es - Legislación de Menores](https://www.boe.es/legislacion-de-menores)  
Visitado por última vez el 1/6/2023