

La audiencia de los niños, niñas y adolescentes

Configuración jurídica y problemática procesal en los procedimientos judiciales de familia

Sumario

La audiencia de los niños, niñas y adolescentes es una actuación procesal esencial en los procedimientos judiciales de familia. La observancia de ciertos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de acordar y realizar la audiencia deviene imprescindible para garantizar el ejercicio de este derecho y preservar el interés superior de la persona menor. Por ahora, la regulación procesal resulta insuficiente y deficiente y ello genera la conculcación del derecho a que la persona menor sea escuchada en los procedimientos que le afectan, y a que sus manifestaciones puedan ser tenidas en cuenta, con los perjuicios que esta vulneración provoca. En el presente artículo se plantean estos desajustes, se atiende a la naturaleza jurídica de la audiencia y se ponen de relieve las fuentes normativas donde se halla regulada.

Abstract

In family court proceedings, the hearing of the minor children must be conceived as an essential procedural action. Compliance with the criteria that must be taken into account becomes essential according to respect their rights. There are still disparate criteria and the procedural regulation is insufficient and deficient. This problem generates the violation of the children's rights in the procedures that affect him and that his manifestations can be taken into account, with damages that this violation causes to the person. This article discusses these imbalances, in addition to alluding to the legal nature of this right and the normative sources where it is regulated.

Title: *Hearing of the children and adolescents. Legal configurations and procedural problems in family court proceedings.*

Palabras clave: audiencia de los niños, niñas y adolescentes; derechos de los niños, ser escuchado, interés superior, procesos de familia, justicia adaptada a las personas menores.

Keywords: *hearing of the children and adolescents, children rights, be heard, best interests of the child, family court proceedings, child-friendly justice.*

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.10

3.2022

Recepción
29/03/2022

Aceptación
29/04/2022

Índice

1. Introducción

2. Configuración jurídica

2.1. Naturaleza jurídica

2.2. Marco normativo

a. Marco supranacional

b. Marco estatal

c. Marco autonómico catalán

2.3. Desajustes entre la normativa sustantiva y procesal

3. Deficiencias de la audiencia en la práctica procesal

3.1. La falta de regulación suficiente y la existencia de preceptos con contenido diverso e insuficiente provocan la vulneración del derecho de los NNA a ser escuchados

3.2. El criterio de la edad de la persona menor aplicado de forma automática no propicia la escucha de los NNA y restringe su derecho a ser escuchados

3.3. La audiencia mal sustituida por el dictamen de especialistas

3.4. La necesidad de diseñar pautas y criterios para el desarrollo de cada audiencia y que sean adaptables a cada NNA

3.5. La determinación del juicio de madurez y aptitud suficiente para la práctica de la audiencia

3.6. La obligación de levantar acta de la audiencia y el derecho a la intimidad

3.7. Las consideraciones y valoraciones de las opiniones manifestadas por los NNA en la audiencia

3.8. La comunicación a los NNA de la resolución sobre aquello que les afecta, sobre cómo se han tenido en cuenta sus manifestaciones y sobre de qué recursos disponen para la impugnación de la misma

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción.^{1*}

En la práctica procesal del derecho de familia, se detectan anomalías en el reconocimiento y práctica de la audiencia de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA). Su audiencia es, en no pocas ocasiones, denegada u obviada sin un claro fundamento. A ello se le aúna que la regulación procesal puede resultar contradictoria y, además, es sumamente deficiente. Este contexto para nada favorece a que se conciba a esta audiencia, como lo que es, el acto que posibilita al NNA ser escuchado en los procedimientos judiciales que le afectan².

La audiencia de los NNA es un acto procesal ineludible siempre que las circunstancias concurrentes la permitan y siempre atendiendo a su interés superior. La falta de recursos y de formación especializada, unido al grave y estructural colapso de los órganos judiciales dificulta la observancia estricta de este derecho, lo que provoca que en la práctica los NNA en muchos casos no sean escuchados o que, si lo son, su audiencia o entrevista no se lleve a cabo en las mejores condiciones.

Posiblemente otra causa de la vulneración de este derecho se explica en que tanto las normas sustantivas como las procesales parten de una premisa errónea, al considerar a los NNA sujetos pasivos a los que debe preservarse del procedimiento judicial sin atender a que son sujetos de pleno derecho y a que la protección de su interés pasa también por garantizar y preservar su derecho a ser escuchados y a participar en el proceso que les afecta.

El presente análisis comenzará con una aproximación a la configuración jurídica de la audiencia, para después enfocarse en determinados desajustes existentes entre la normativa sustantiva y la procesal. También se destacarán algunas deficiencias que se advierten en la práctica procesal, y, por último, se recogerán las conclusiones alcanzadas.

2. Configuración jurídica

2.1. Naturaleza jurídica

Deviene esencial atender a la determinación de la naturaleza jurídica de la audiencia de los NNA (todavía denominada exploración del menor) en aras de comprender su alcance y trascendencia. La doctrina ha profundizado en su estudio y, aunque tradicionalmente se había discutido acerca de si podía o no podía considerarse un medio de prueba y recibir como tal un determinado tratamiento procesal (para lo que se analizaba si la audiencia era susceptible o no

^{1*} Autora: Glòria Ortega Puente (gloria.ortega@uab.cat). Abogada y profesora asociada en la *Universitat Autònoma de Barcelona* (UAB). El presente trabajo ha sido elaborado con una beca a proyectos de investigación de derecho civil catalán del *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya* (CEJFE), Edición 2021. Agradezco al CEJFE la ayuda a la investigación y, muy especialmente, a la coautora del proyecto de investigación, la Dra. Judith Solé Resina.

² Esta afectación no es para nada baladí si atendemos a la trascendencia de las cuestiones que se pueden plantear para un menor en los procedimientos judiciales de familia, en los que se tomarán decisiones que afectarán de forma muy significativa a sus derechos fundamentales. Esta audiencia también resulta necesaria en los procedimientos administrativos, penales o de cualquier índole que les afecten. También, como no puede ser de otro modo, en los mecanismos adecuados de solución de controversias (MASC), como la mediación. Por criterios de extensión y de especialización el presente artículo se ciñe a los procedimientos judiciales en materia de familia (ya sean tramitados por la vía contenciosa o de mutuo acuerdo, así como, a los procedimientos de jurisdicción voluntaria) y en cualquier fase procesal o instancia.

de aplicación de los preceptos relativos a la proposición y práctica de la prueba o bien si no podía recibir tal consideración)³; parece superada la cuestión al existir ya sendos pronunciamientos por parte de los Tribunales al respecto.

Tras la reforma de la LEC (2000) la doctrina ya advertía que la ley procesal no recogía previsión alguna sobre el modo en que debía realizarse esta audiencia. GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA (2004) ya señalaban, en este sentido, que la audiencia no podía equipararse a una prueba testifical, y, añadían que, al no resultar de aplicación las normas que regulaban la práctica de la prueba ni las normas generales de valoración de la misma, en la audiencia debían excluirse las partes «pues su presencia podría resultar perturbadora para el menor»⁴. Estos autores también coincidían con GUZMÁN FLUJA y CASTILLEJO MANZANARES (2000) al afirmar estos últimos que la necesidad de la audiencia se explica al ser su objetivo garantizar la escucha de la persona menor, pudiendo el menor «exponer y defender los intereses familiares y o económicos» que le afectan, e ilustrar a la autoridad judicial⁵.

Actualmente, parece una cuestión pacífica que la exploración o entrevista de las personas menores no puede ser considerada medio de prueba, pues la razón de su práctica no estriba en la acreditación de unos hechos, sino que se trata más bien una diligencia del procedimiento que sirve a dar cumplimiento al derecho de la persona menor a ser escuchada.

Así, la STS 18/2018, Civil, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2018:41), en su Fundamento Jurídico cuarto esgrime, entre otros extremos, que «la exploración tiene por objeto indagar sobre el interés, para su debida protección», y por ello no puede ser considerado propiamente una prueba, habida cuenta de que, su interés y su voluntad pueden no ser coincidentes⁶.

En este mismo sentido, se pronunciaba la SAP Barcelona 596/2015, Sección decimoctava, de 28 de julio (ECLI:ES:APB:2015:6870), que, en su Fundamento Jurídico tercero señalaba que «no puede considerarse como medio de prueba sino como una *diligencia destinada a satisfacer y dar cumplimiento al derecho del niño a ser oído*», y que, en consecuencia, no puede ser considerada un reconocimiento judicial ni le son tampoco exigibles los requisitos ni preceptos procesales propios de los medios de prueba⁷.

³ Para profundizar en la cuestión planteada, vid. CASO SEÑAL /ATARES GARCÍA, «Naturaleza jurídica» en ABEL LLUCH (Cord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp.27-30.

⁴ Vid. GONZÁLEZ PILLADO/ GRANDE SEARA, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant monografías 321, 2004, pp. 228.

⁵ Vid. GUZMÁN FLUJA/ CASTILLEJO MANZANARES, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Dirección General de Acción Social del Menor y de la Familia, 2000, pp. 110-111.

⁶ La referida resolución, en su FJ4 recoge que: «(...) Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que *la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba*, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. (...)».

⁷ Tal y como se afirma en la Sentencia: «En cuanto a la vulneración de los art. 187 y 358 de la LEC por no haberse dado traslado del contenido de la exploración de la menor, motivo que se examina con carácter previo al también denunciado de error en la valoración de la prueba, cabe señalar que *la exploración judicial no puede considerarse como un medio de prueba sino como una diligencia destinada a satisfacer y dar cumplimiento al derecho del menor a ser oído*. Es por ello que no resultan de aplicación las exigencias procesales de los medios de prueba, ni puede considerarse la exploración como un reconocimiento judicial. El menor o la menor no es objeto de reconocimiento por parte del Juez, no resulta de aplicación el art. 358 LEC que se ha citado como infringido. *La exploración es el medio que permite a los menores ejercitar un derecho, el derecho a ser oídos que se encuentra*

La mayor parte de la doctrina también coincide en entender que la audiencia no puede considerarse un medio de prueba ni recibir este tratamiento procesal. En este sentido, se ha venido argumentando, que la audiencia no puede reputarse medio de prueba al no hallarse contenida en la enumeración del artículo 299 de la LEC; o a otras cuestiones como que por su propia idiosincrasia debe ser excluida de esta categorización al no serle aplicables los principios de contradicción o de publicidad; o al entender que la persona menor no puede ser considerada objeto reconocido como si de un reconocimiento judicial se tratase, sino que es el sujeto que ejercita el derecho que le corresponde, entre otros motivos⁸.

2.2. Marco normativo

a. Marco supranacional

En el plano supranacional, resulta imprescindible invocar el contenido de la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁹, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que, desde la premisa de la necesaria concepción de las personas menores como sujetos de derechos, en su artículo 12 recoge que «los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un *juicio propio*, el *derecho de expresar su opinión libremente* en todos los asuntos que afectan al niño, *teniéndose debidamente en cuenta* las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño» siendo para ello necesario ofrecer al niño la oportunidad de «*ser escuchado en todo procedimiento* judicial o administrativo que (le afecte), ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

Este precepto se erige como principio general de la Convención, del mismo modo que el derecho a la vida, el derecho a su interés superior y el derecho a la no discriminación, lo que implica que a la luz de todos ellos deberán ser interpretados y aplicados los demás derechos.

Respecto al citado precepto, es necesario atender a las observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En su *Observación General nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado*¹⁰ el Comité afirma que el mandato contenido en el artículo 12 de la Convención implica una obligación de los Estados partes de «evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que *los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad*». Esta afirmación del Comité resulta especialmente

recogido en múltiples instrumentos jurídicos internacionales: sin ánimo de ser exhaustivos, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989, en el art. 12; en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de Julio de 1992, art. 8, 14; y en la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25-1-1996, art. 6, b). En la legislación interna, en el Código Civil, art. 92; en la LEC art. 770,4 y en el CCCat art. 211-6.»

⁸ En este sentido se pronuncian, entre otros autores, ABEL LLUCH, «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia» en MIRANDA VÁZQUEZ (coord.) / PICÓ I JUNOY (dir.)/ ABEL LLUCH (Dir.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch editor, 2018, pp. 311-314.

⁹ BOE-A-1990-31312 <https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/1>

¹⁰ Observación General nº12. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Consultable en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

relevante y nos conecta con la mala aplicación del mandato en la realidad práctica, cuestión que será abordada más adelante.

En esta misma Observación General el Comité ya desaconseja que los Estados acojan el criterio cronológico de la edad de la persona, como se aplica en nuestro ordenamiento, al entender que puede propiciar (como efectivamente ocurre) restricciones en el ejercicio de este derecho. También es necesario señalar que el Comité alude a que cuando en el precepto se indica que el niño tiene *derecho a expresar su opinión libremente* no sólo se refiere a que lo pueda hacer sin presiones, sino a que tiene derecho a *elegir si quiere o no expresarse* sobre aquel asunto que le afecta y del que se le está preguntando o sólo quiere expresar su opinión sobre *alguno o algunos de los aspectos* que se le plantean. Todo ello requiere como premisa que los NNA cuenten con *información suficiente, accesible y comprensible* para que ellos puedan decidir si quieren o no expresarse, que conozcan previamente sobre lo que se les va a preguntar o plantear, y, asimismo, que comprendan cómo sus manifestaciones pueden ser tenidas en cuenta y a qué efectos.

En el marco de la Unión Europea es necesario considerar el contenido de la *Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992*¹¹ que insiste en la necesidad de velar por el derecho de los niños a manifestar sus opiniones, debiendo ser escuchado *«siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño»* y *«desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten*. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social.»

Asimismo, fruto de la promulgación de normas en favor de los derechos de los NNA por parte del Consejo de Europa, debe destacarse el *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996*¹², que, en su capítulo II, dedicado a las medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos de los niños, recoge que cuando el derecho interno considere que el niño tiene la madurez o grado de discernimiento suficiente tiene derecho a *«recibir toda la información pertinente; ser consultado y expresar su opinión; ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución»*, y recalca que todos estos derechos podrán *«ser exigidos»* por la persona menor (art.3). Se recoge también en este mismo Convenio el derecho del niño a solicitar que le sea designado un representante en los procedimientos que le afecten en los supuestos en los que los titulares de las responsabilidades parentales no lo puedan representar o bien concurra conflicto de intereses con éstos (art.4); así como también, como otros derechos procesales, se sugiere que los Estados miembros examinen conceder a los NNA otros derechos como el de solicitar por sí mismos la asistencia de una persona «apropiada» de su elección como representante para expresar su opinión o solicitar otro representante o un abogado; así como el derecho a ejercitar todo o parte de los derechos que tengan las partes en los procedimientos

¹¹ DOCE n° C 241, de 21 de setembre de 1992. (p.15)

Consultable en: <https://www.caib.es/sacmicrofront/archivopub.do?ctrl=MCRST97ZI36262&id=36262>

¹² BOE-A-2015-1752. Consultable en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/(1))

que les afecten. También alude el Convenio a la actuación del tribunal o de las autoridades administrativas en los procedimientos que afectan a los NNA, y, en este sentido, se recoge que deben actuar «con prontitud para evitar toda demora inútil¹³» (art. 7), y, que, antes de tomar una decisión que afecte a los NNA, el órgano decisorio debe «examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales» y que cuando el NNA cuente, según el derecho interno, con el «discernimiento suficiente» debe «asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente; consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifestamente contrario a los intereses superiores del niño; permitir al niño expresar su opinión», así como tener en cuenta debidamente la opinión expresada (art.6).

Volviendo a los instrumentos normativos de la Unión Europea, es necesario mencionar también el contenido de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000*¹⁴, que también explicita como derecho de la persona menor el «expresar su opinión libremente» y a que estas opiniones sean tenidas en cuenta en los asuntos que les afecten «en función de su grado de madurez», constituyendo su interés superior una «consideración primordial» (Art.24).

Por último, es necesario aludir al contenido de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2019, sobre los derechos del niño con ocasión de la celebración del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*¹⁵, que insta a los Estados miembros a que en aplicación de las directrices del Consejo de Europa adapte la justicia a los NNA (*child-friendly justice*) destacando que «el interés superior del niño debe ser siempre una consideración primordial en las decisiones que afecten a los menores en contacto con el sistema judicial, y que debe respetarse siempre el derecho del menor a ser escuchado, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño»; y recuerda que deben establecerse salvaguardas específicas para los menores que entran en contacto con el sistema judicial, en particular en asuntos de familia, como el divorcio o la adopción, así como en cuestiones administrativas (Obs.33)¹⁶.

¹³ Debe señalarse que la demora en los procesos de familia en los que se hallan implicadas personas menores provoca a los hijos/as un perjuicio muchas veces irreparable, pues infancia sólo hay una y esta es irrecuperable. No sólo la situación por la que atraviesa les afectará en ese momento, sino que los efectos que conlleve la decisión que se dicte perdurarán durante un lapso temporal crucial en su desarrollo vital. Pero, además, dejarán huella en la formación de su personalidad y en cómo la persona concibe su relación hacia sí misma y para con los demás. Esta preocupación subyace en el contenido del artículo 2 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (LOPJM), relativo al interés superior del menor, al recoger en su apartado tercero como elemento general que coadyuva con otros criterios para determinar su interés superior «El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», así como, la «necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; entre otros. BOE-A-1996-1069. Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

¹⁴ DOUE C 364/1 (2000/C 364/01) Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

¹⁵ (2019/2876 (RSP)) Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0066_ES.html

¹⁶ Vid. en este sentido, CONSEJO DE EUROPA, «Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)», 2016, en la que se recalca que: «los sistemas judiciales europeos siguen sin estar suficientemente adaptados a las necesidades concretas de los niños. Las investigaciones demuestran que los derechos de los niños a ser escuchados,

b. *Marco estatal*

La *Constitución Española* en su artículo 39 dispone que los poderes públicos deben «asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia» y que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»¹⁷.

Asimismo, la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*¹⁸, acogiendo algunas de las recomendaciones contenidas en la Observación general nº14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas¹⁹, supuso la consagración en el contexto normativo estatal del principio del interés superior de las personas menores como principio general²⁰, así como de la necesidad de interpretar cualquier disposición normativa que afecte a los NNA conforme a la normativa internacional.

informados, protegidos y no discriminados no siempre se respetan en la práctica (...)» incluyéndose estrategias para la implementación de una justicia adaptada a los NNA. Consultable en: <https://rm.coe.int/168066cff8>

Vid. también *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño*. Consultable en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e769a102-8d88-11eb-b85c-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF

En esta se recogen, entre otras consideraciones y recomendaciones, que: «A veces, los profesionales carecen de formación para interactuar con menores de una manera apropiada a su edad, incluso a la hora de comunicar los resultados de un procedimiento, y para respetar el interés superior del menor. No siempre se respeta el derecho del menor a ser oído y no siempre existen mecanismos para evitar múltiples audiencias o recogidas de pruebas en las que intervienen niños», invitando a los estados miembros a: «apoyar a los proveedores de formación judicial y a todos los organismos profesionales pertinentes para incorporar en sus actividades los derechos del niño y una justicia accesible y adaptada a los niños; asignar, a tal fin, los recursos necesarios para las mencionadas actividades de desarrollo de capacidades (...)».

¹⁷ BOE-A-1978-31229 Consultable en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

¹⁸ BOE-A-2015-8222 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>

¹⁹ Vid. Observación General nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 29 de mayo de 2014, CRC/C/GC/14. Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

²⁰ Así se recoge en el Preámbulo de la LO 8/2015, en el que se hace constar: «Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el *derecho del menor a que su interés superior sea prioritario*, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este *concepto se define desde un contenido triple*. Por una parte, es un *derecho sustantivo* en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un *principio general de carácter interpretativo*, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una *norma de procedimiento*. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que *la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.*»

La antedicha Ley Orgánica dotó de contenido a la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*²¹ (LOPJM), concretando qué debía entenderse por interés superior de la persona menor, indicándose en el artículo 2 de esta última, tras la modificación operada por la primera, que toda persona menor tiene derecho a que sea valorado su interés superior y a que se tengan en consideración sus «deseos, sentimientos y opiniones», además de que tiene derecho a «participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior»²².

Siguiendo con este mismo precepto contenido en la LOPJM, es necesario también destacar que, en su punto quinto, que también fue introducido por la ya referida LO 8/2015 y que ha sido modificado por la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*²³ (LOPIIA), se recoge que «toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente». También se prevé la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos y que en las decisiones «especialmente relevantes» que afecten a la persona menor intervenga un equipo técnico y multidisciplinar especializado, así como la posibilidad de recurrir las decisiones que sean adoptadas sin considerar el interés superior de la persona menor o en el supuesto en el que sea necesaria la revisión de la decisión tomada atendiendo a las nuevas circunstancias o a un nuevo contexto propiciado por el desarrollo de la persona menor. El precepto también añade que «los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».

Asimismo, en el artículo 9 de la LOPJM se hace referencia al derecho de la persona menor a ser escuchada tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial, o de mediación en el que pueda dictarse una decisión que le afecte, sin que pueda ser discriminada por razón de su edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Este precepto, que lleva por título, «derecho a ser oído y escuchado», tras la modificación operada por la ya citada LO 8/2015, pone énfasis en que no sólo es necesario oír a los NNA, sino también *escucharlos* de forma *activa*, y también en los procesos de mediación, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones atendiendo a su edad y grado de madurez (anteriormente suficiente

²¹ BOE-A-1996-1069 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

²² Según el artículo 2 de la LO 1/1996 (LOPJM), tras la modificación operada por la LO 8/2015: «2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.»

²³ BOE-A-2021-9347 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>

juicio²⁴), recogiendo también la necesidad de que la persona menor tenga *acceso a la información de forma comprensible*²⁵.

El Código Civil (CC)²⁶, en su artículo 92, relativo a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y, en concreto, a las medidas que deben adoptarse, en su punto segundo dispone que «la autoridad judicial en el momento de adoptar las medidas relativas a la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión», inciso éste último que ha sido introducido por la LOPIIA. En el punto sexto de este mismo precepto se alude a que antes de resolver sobre el régimen de guarda y custodia la autoridad judicial tiene que «oír a los menores que cuenten con suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor», lo que se traduce en un amplio margen de valoración por parte del órgano decisorio²⁷.

²⁴ En la redacción originaria, el artículo 9 de la LOPJM preceptuaba que: «El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando *tenga suficiente juicio*. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente». La LO 8/2015 supuso adicionar «derecho a ser oído y escuchado» dotando de una especial relevancia a este último término, y también supuso la sustitución del término «juicio» por el de «madurez».

²⁵ En virtud del actual artículo 9 de la LOPJM: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, *teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias».

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión *verbalmente o a través de formas no verbales* de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se *deniegue* la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la *resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante*, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.»

²⁶ BOE-A-1889-4763 Consultable en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

²⁷ Cabe referir que, en la redacción anterior del precepto, con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el precepto establecía de forma categórica la obligatoriedad de oír a las personas menores

Seguidamente, el artículo 94 CC, relativo a la determinación del régimen de visitas y de comunicaciones para con el progenitor no custodio en los supuestos de ruptura familiar, en su nueva redacción introducida por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*²⁸, establece que la autoridad judicial debe tomar medidas al respecto «previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal».

Respecto a las disposiciones generales de las relaciones paterno-filiales, y, en concreto, al ejercicio de la patria potestad, en el artículo 154 CC se destaca que «si los hijos o hijas tuvieren *suficiente madurez* deberán ser oídos *siempre antes* de adoptar decisiones que les afecten». A lo que tras la modificación operada por la LOPIIA el precepto añade «sea en *procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo*. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario».

A su vez, el artículo 159 CC, que también alude a las relaciones paternofiliales y al ejercicio de la patria potestad refiere que «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, *a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*».

En el ámbito procesal civil, y más concretamente, en los procedimientos contenciosos de familia, cabe destacar el contenido del artículo 770 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*²⁹ (tras las modificaciones introducidas por la ya mencionada Ley 8/2021), que, en su apartado cuarto, establece que en los supuestos de procedimiento contencioso los hijos «podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos *en todo caso* si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando». A continuación, se establece que la autoridad judicial debe garantizar que las audiencias se realicen «en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

Respecto a los procedimientos judiciales de familia tramitados por el cauce procesal del mutuo acuerdo, según lo previsto en el artículo 777 de la LEC, apartado quinto, se prevé que las personas menores sean también escuchadas «cuando se estime necesario de oficio o a *petición* del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o *del propio hijo*».

Por último, por lo que se refiere al ámbito de la jurisdicción voluntaria, especial consideración merecen, por la afectación que conllevan en la vida de los NNA, los expedientes que se tramitan a instancia de los progenitores por razón de los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad o los que se tramitan para fijar medidas de protección de las personas menores ante el ejercicio inadecuado de la guarda. Así, cabe referir el contenido del artículo 85 de la *Ley 15/2015, de 2 de*

si tenían suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Así, según la anterior redacción: «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y *siempre* a los mayores de doce años». Actualmente, en virtud del apartado 6 del artículo 92 CC: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio *cuando se estime necesario* de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»

²⁸ BOE-A-2021-9233 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

²⁹ BOE-A-2000-323 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

*julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)*³⁰ en cuya virtud la autoridad judicial debe escuchar a la persona menor «si tuviere suficiente madurez y, *en todo caso*, si fuere mayor de 12 años». En estos expedientes y respecto a las comparecencias, la LJV establece en su artículo 18 que la autoridad judicial o el/la Letrado/a de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia se lleve a cabo en acto separado, libre de interferencias, en presencia del fiscal y que es necesario garantizar que las personas menores «puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario». También introduce la obligación de «extender acta detallada», exigencia introducida por la LJV pero que, sin embargo, no consta en las normas sustantivas ni procesales anteriormente invocadas.

c. *Marco autonómico catalán*

En el ámbito del derecho civil propio catalán es necesario referirnos a la *Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA)*³¹, que en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra también como principio rector que el interés superior de la persona menor debe necesariamente informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, debiendo erigirse este principio como prioritario en todas las actuaciones que llevan a cabo los poderes públicos o entidades privadas a la hora de tomar decisiones que puedan afectar los NNA, tal y como ya se prevé en el artículo 40.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña³².

La LDOIA ya constató en su Preámbulo la importancia de enfocar la regulación relativa a los niños y adolescentes desde la premisa de que deben ser considerados como sujetos de derecho y que es necesario fomentarse su reconocimiento como tales y, en consecuencia, su participación en todo aquello que les afecte³³. Se ocupa la LDOIA en su artículo 5 del interés superior del niño y del adolescente, estableciendo en su punto cuarto que para la determinación de este interés debe tenerse en cuenta «su *opinión, sus anhelos y aspiraciones, y también su individualidad dentro del marco familiar y social*». Además, en su artículo 7, la citada Ley contempla expresamente el derecho a ser escuchado, indicándose que los NNA, deben ser escuchados en el ámbito familiar, escolar y social, así como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren implicados y en los que puedan ser tomadas decisiones que afecten su «entorno personal, familiar, social o patrimonial», y que deben ser escuchados «de acuerdo con sus capacidades evolutivas y sus competencias, y, en cualquier caso, a partir de los doce años», por ellos mismos o bien a través de otra persona que ellos mismos designen.

³⁰ BOE-A-2015-7391 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>

³¹ DOGC, núm. 5641, de 02/06/2010, BOE-A-2010-10213 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/05/27/14/con>

³² BOE-A-2006-13087 Consultable en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/07/19/6/con>

Según el artículo 40.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: «Los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos. *En todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos o por instituciones privadas el interés superior del niño debe ser prioritario*».

³³ En el Preámbulo de la LDOIA se hace constar que: «El concepte de participació de l'infant o l'adolescent en tot el que l'afecta és el que en configurarà l'estatus de ciutadà o ciutadana. És inimaginable el disseny de polítiques públiques en qualsevol àmbit elaborat d'esquena als ciutadans afectats. La llei ofereix la promoció d'òrgans de participació per tal que els infants i els adolescents puguin participar activament en la vida pública.»

También el Código Civil de Cataluña (CCCat)³⁴ contempla la necesidad de tener en cuenta la opinión expresada por los/las hijos/as en su artículo 211-6.2 relativo al interés de la persona menor. Se recoge en este precepto que su interés superior es «el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte», y también consagra su derecho a ser informada y escuchada «de acuerdo con su edad y su *capacidad natural* y, en todo caso, si ha cumplido doce años» con anterioridad a que sea tomada una decisión que pueda afectarle tanto a nivel personal como patrimonial. Así, el CCCat acoge también ambos criterios, el de la suficiente madurez y el criterio cronológico de la edad. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 233-11.1 letra e), que cuando se refiere a los criterios para la determinación del régimen de guarda más conveniente en casos de ruptura familiar, incluye la «opinión expresada por los hijos» como elemento que debe ser ponderado³⁵.

En cuanto al ejercicio de la potestad parental, el Código Civil de Cataluña también recoge en su artículo 236-11.4, relativo al ejercicio de la misma en caso de vida separada de los progenitores y en los supuestos de desacuerdo, que la autoridad judicial debe escuchar a los/las hijos/as que hayan cumplido doce años, o que, aun no habiendo alcanzado esa edad «tengan suficiente conocimiento».

2.3. Desajustes entre la normativa sustantiva y procesal

Se desprende de la normativa analizada la existencia de ciertas disfunciones o desajustes entre los distintos textos legales que contemplan el derecho de los NNA a ser escuchados. Fundamentalmente, se advierten estos desajustes entre la regulación del derecho de la persona

³⁴ DOGC n° 5686, 05/08/2010. Consultable en: <https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/1/2010/07/29/25>

³⁵ En este sentido, es conveniente referir que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado reiteradamente respecto a la necesidad de escuchar a los NNA. Así, en STSJ Cataluña 1/2017, Civil, de 12 de enero de 2017, (ECLI:ES:TSJCAT:2017:486) que en su FJ3 recoge que: «*la imprescindible audiència dels menors en el cas que tinguin suficient judici, i en tot cas si són majors de 12 anys, ve imposada per la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya per Instrument de 30 de novembre de 1990 (art. 12); per l'article 24 de la Carta dels drets fonamentals de la UE de l'any 2000; per l'article 9 de la LO 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor; per l'article 770.4 de la LEC 1/2000; per la doctrina del TC que, en relació amb l'article 24.1 de la CE, ha establert que el nen que estigui en condicions de formar-se un judici propi té dret a ser escoltat en el procediment (judicial o administratiu) que l'afecti, especialment quan es tracti de l'adopció o modificació de les mesures relatives a la seva guarda i custòdia. Pel que fa a la normativa catalana, el Codi de família ja disposava expressament que "a l'hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a què fa referència l'article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l'interès dels fills i, abans de resoldre, ha d'escoltar els de dotze anys o més, i els de menys, si tenen prou coneixement" (art. 82.2 del CF), i el mateix es disposa ara en la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, en relació amb "els infants i adolescents, d'acord amb llurs capacitats evolutives i amb les competències assolides, i en qualsevol cas a partir dels dotze anys" (art. 7.1).*

L'article 233.11.1.e del CCCat diu, en relació amb els procediments de nul·litat, separació o divorci, que, per establir el règim de guarda i custòdia, cal tenir en compte, entre d'altres criteris, "l'opinió expressada pels fills", sense precisar-ne l'edat, tot i que l'article 211-6.2 ja havia establert que "el menor d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si ha complert dotze anys, té dret a ésser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial."

El dret del menor a ser escoltat abans de prendre una decisió que el pugui afectar no significa, no obstant això, que la seva opinió o la seva voluntat hagin de ser determinants en la resolució que s'adopti. El seu criteri s'ha de tenir en compte però no pot erigir-se en element decisor. En un altre cas s'incorreria en el risc de convertir els menors en subjectes i en objectes de la disputa dels seus pares.

Així ho determina amb claredat l'article 233-11.1 que obliga a una ponderació conjunta dels criteris tinguts en compte, i l'únic que preval és el de l'interès superior del menor (211-6.1)».

menor a ser escuchada contenida en el Código Civil y la regulación recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar, mientras que el artículo 92.6 CC exige que antes de acordarse el régimen de guarda y custodia la autoridad judicial *debe* escuchar a las personas menores si cuentan con *suficiente madurez y se estime necesario* de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, los miembros del equipo técnico y *la propia persona menor*; la LEC, en cambio, en su artículo 770.4 determina que en los procedimientos contenciosos las personas menores de doce años pueden ser escuchadas «si se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o *de los propios hijos*», y que la escucha a las personas que alcancen la edad de doce años es preceptiva (excepto, claro está, si no es aconsejable atendiendo a su interés superior y siempre que se fundamente este extremo). Es en los procedimientos de mutuo acuerdo en los que, tal y como regula el artículo 777.5 LEC, la audiencia se deja a criterio de la autoridad judicial o de las partes en función de si la estiman o no necesaria al preceptuarse que: «Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o *del propio hijo*».

Sobre esta cuestión, ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la STS 413/2014, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4233)³⁶, en la que declaró la nulidad de una resolución en un procedimiento contencioso en cuya virtud se fijaba un régimen de guarda y custodia compartida sin que los hijos menores hubieran sido escuchados. El Tribunal declara la nulidad de la resolución impugnada por no haberse dado cumplimiento al trámite de audiencia de los hijos menores, aun habiendo el progenitor que la había inicialmente solicitado desistido de la misma en el supuesto enjuiciado, debiéndose, en consecuencia, retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior a que fuera dictada la sentencia, siendo preceptivo escuchar a los hijos menores previamente a dictar resolución. Así, el Tribunal Supremo postula en esta Sentencia que «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que *cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio*. En ese mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.»³⁷ (FJ 5)

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones propugnando que la omisión del deber de escuchar a los NNA cuando cuentan con suficiente madurez provoca asimismo la

³⁶ Vid. También en el mismo sentido, la STS 157/2017, Civil, de 7 de marzo (FJ 2) (ECLI:ES:TS:2017:851) y la STS 648/2020, Civil, de 30 de noviembre (FJ 2) (ECLI:ES:TS:2020:4032). También cabe considerar la STS 578/2017; Civil, de 25 de octubre de 2017, (ECLI:ES:TS:2017:3751), que no estima vulnerado el derecho de la persona menor a ser escuchada en un caso en el que la denegación de la audiencia se hallaba amparada en su interés superior y la resolución recurrida así lo recogía motivadamente (FJ 2).

³⁷ Acogiendo estos mismos pronunciamientos, puede señalarse también la STS 548/2021, Civil, de 19 de julio (FJ 3) (ECLI:ES:TS:2021:3028), entre otras.

vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva³⁸. El Tribunal insiste en sus resoluciones en la necesidad de siempre valorar la madurez de la persona menor y la necesidad de que sean escuchadas siempre que sea posible al referir que «(...) el derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (...) recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor (...)»³⁹.

En segundo lugar, también se aprecian incongruencias entre la LEC y el CC, una vez modificados sus preceptos por la LOPIIA. Así, mientras que, en la LEC, tal y como ya se ha referido, se impone la obligatoriedad de escuchar a la persona menor en los procedimientos contenciosos si esta ha alcanzado la edad de doce años o bien si aun no habiéndola alcanzado cuenta con suficiente madurez y así es acordado de oficio por la autoridad judicial o es solicitado por fiscalía, las partes o los miembros del equipo técnico, o bien por la propia persona menor; no se fija así en los procedimientos de mutuo acuerdo, en los que tan sólo se indica que deben ser escuchados en los supuestos en los que se considere necesario, ya sea de oficio o instándolo una de las partes indicadas. Todo ello no encaja con el contenido del artículo 154 del CC relativo al ejercicio de la patria potestad, que en su última versión tras las modificaciones operadas por la LOPIIA prevé la obligatoriedad de garantizar el derecho de la persona menor a ser escuchada también en los procedimientos de mutuo acuerdo al establecer que «si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en *procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo* (...)». Tal y como afirma la doctrina también en los procesos consensuales debe darse cumplimiento a la exigencia de escuchar a las personas menores al entender que en caso contrario difícilmente puede advertirse si los acuerdos alcanzados por las partes procesales son respetuosos con el interés superior de aquellas⁴⁰.

³⁸ Vid., entre otras, STC 152/2005, Sala Primera, de 6 de junio de 2005 (FJ 3) (ECLI:ES:TC:2005:152), en la que se afirma que se acuerda anular la sentencia de segunda instancia y retrotraer las actuaciones entendiendo que se ha visto vulnerado el art. 24 CE relativo a la tutela judicial efectiva, postulando que «(...) nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor) (...)», en consonancia con la STC 221/2002, Sala Segunda, de 20 de diciembre de 2002 (FJ 5) (ECLI:ES:TC:2002:221).

³⁹ Vid. STC 71/2004, Sala Segunda, de 19 de abril de 2004 (FJ 7) (ECLI:ES:TC:2004:71) que se pronuncia en un supuesto en el que la persona menor no fue escuchada en segunda instancia, aunque «la menor había alcanzado prácticamente los diez años sin que, a la vista de los informes psicológicos que figuran en las actuaciones, su estado mental revelase una especial insuficiencia de su capacidad intelectual a estos efectos (...)» (FJ 7).

⁴⁰ Vid. entre otras autoras DÍEZ RIAZA «El derecho del menor a ser oído en el proceso» en MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, 2016, pp.561-577. La autora, tras extraer de forma muy clara y sistematizada las «notas caracterizadoras» de la Observación General 12 (2009) completada con la Observación General 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo del artículo 12 de la Convención; respecto a los procesos consensuales afirma «(...) si no se escucha al niño difícilmente podrán aflorar conflictos no evidentes, ni quedará asegurado que la determinación de su superior interés se ha hecho de forma adecuada» (p.576).

En tercer lugar, conviene hacer alusión a los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Respecto a la audiencia de la persona menor en la tramitación de expedientes en este ámbito, la LOPIIA ha modificado el artículo 18.2 apartado cuarto de la LJV relativo a las comparecencias celebradas en los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a sus intereses, imponiendo la obligatoriedad de la asistencia del Ministerio Fiscal a la audiencia de la persona menor (anteriormente potestativa), así como los extremos que deben contenerse en el acta que debe levantar el/la Letrado/a de la Administración de Justicia sobre la práctica de la misma⁴¹. Respecto a la obligatoriedad o necesidad de levantar esta acta nada se dice en la normativa procesal ni en el Código Civil.

Por último, es necesario recalcar que, si bien es cierto que algunos preceptos prevén la posibilidad de la persona menor de formular solicitudes directamente ante la autoridad judicial, en la práctica esta solicitud directa de la persona menor en raras ocasiones se produce. De hecho, en los procesos de familia el propio menor normalmente desconoce que pueda realizar directamente solicitud alguna ante la autoridad judicial. Sin embargo, el/la hijo/a afectado/a puede solicitar de forma directa en el proceso ser escuchado/a (y sería deseable que lo hiciera si tiene interés una vez se le haya facilitado la información que precise de forma comprensible) de conformidad, entre otros, con el artículo 92.6 CC y el artículo 770.4 LEC ya referidos. Ahora bien, que existan estas previsiones no se traduce necesariamente en que exista un sistema proclive a la participación de las personas menores en el procedimiento judicial. Tal y como ya refería DE LA IGLESIA MONJE «La normativa sobre los procesos de crisis familiar no concibe la escucha del menor como un derecho, sino como una facultad judicial sujeta al principio de oportunidad. No está previsto un método para asegurar que la comunicación del niño con el juez y con el fiscal se produzca de manera general, temprana y normalizada, como parte de la ordenación del proceso»⁴².

En definitiva, la disparidad de normas y la confluencia de un criterio legal (juicio de madurez) y de un criterio cronológico (edad), así como la regulación distinta entre la tramitación de los procedimientos de familia y la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria provoca confusión, dificultándose así la fijación de pautas precisas y claras en orden a poder garantizar la protección del derecho de los NNA a ser escuchados. Tampoco en nada contribuye

⁴¹ En virtud del artículo 18.2 apartado 4 de la ya citada LJV «(...) La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, *debiendo* asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se levantará *en todo caso, acta* por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que *reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad*. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada.

En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

⁴² Vid. DE LA IGLESIA MONJE, «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017, pp.345-369.

al respeto de este derecho la no implementación de un sistema eficaz para promover que la persona menor participe en los procesos de familia.

3. Deficiencias de la audiencia en la práctica procesal

En este apartado se pretenden concretar algunas anomalías detectadas en la práctica procesal a la hora de valorar la necesidad de practicar la audiencia (tendencialmente evitada de forma injustificada en la práctica procesal), así como también en el desarrollo de la misma.

3.1. La falta de regulación suficiente y la existencia de preceptos con contenido diverso e insuficiente provocan la vulneración del derecho de los NNA a ser escuchados

A pesar de la necesidad de promover por parte del ordenamiento la práctica de la audiencia no existe ninguna disposición que regule de forma clara cómo debe procederse a la celebración de la misma, más allá de la previsión contenida en el artículo 9 de la LOPJM al contemplar que «las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento», o las previsiones contenidas en el artículo 770.4 de la LEC, a cuyo tenor «en las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.»

En relación con este último precepto, autores como GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA (2004) ya apuntaban también, tras la reforma de la LEC (2000), que «pese al silencio de la norma, como contenido necesario de la vista, el órgano jurisdiccional debe dar audiencia al menor de edad. Es de aplicación a este procedimiento la previsión general contenida en el art. 9 LO 1/1996; precepto de gran importancia pues aunque con anterioridad se recogían en otros preceptos referencias al derecho de audiencia del menor (arts. 156, 167 o 177.1 CC), hasta la LO 1/1996 no existía ninguna disposición de aplicación general a todos los procedimientos administrativos o judiciales.»⁴³

Aparte de estas consideraciones, no existe ningún precepto que acoja criterios o protocolos respecto a cuestiones tan esenciales como, por ejemplo, cuándo, cómo y qué profesionales deben llevar a cabo el juicio de madurez al amparo del artículo 9 de la LOPJM, cómo se informará a las personas menores de sus derechos, cómo la persona menor y en qué momento del proceso puede solicitar ser escuchada, en qué casos podría serle denegado su derecho a ser escuchada aun contando con suficiente madurez en base a su interés superior (o bien cómo proceder si la persona ha alcanzado doce años de edad pero manifiestamente no cuenta con suficiente madurez), dónde y cuándo debe tener lugar la entrevista o audiencia con la persona menor, cuáles serían las previsiones para sus representantes en el caso en que el NNA opte por

⁴³ Op. cit. GONZÁLEZ PILLADO / GRANDE SEARA, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, pp. 226.

designar uno para que manifieste su opinión, cuál ha de ser el contenido de la audiencia, cómo debe darse traslado de su resultado, en qué supuestos debería la autoridad judicial auxiliarse de especialistas, cómo debería conjugarse la audiencia con el dictamen de especialistas (equipos técnicos) o con los dictámenes psicológicos o de peritos de parte, cómo le será notificada a la persona escuchada la resolución y cómo podría impugnarla si fuere de su interés, cómo puede garantizársele la asistencia letrada; y toda una serie de aspectos que deben ser contemplados y que todavía no se hallan definidos.

La no regulación de estos extremos básicos por parte del legislador no hace más que facilitar la proliferación de prácticas procesales desiguales, sin criterios claros, ni menos aún, unificados, lo que contribuye a la vulneración sistemática de este derecho. Ya en el año 2014 el DEFENSOR DEL PUEBLO⁴⁴ alertó en sus consideraciones sobre los derechos de las personas menores a ser escuchadas y a que su opinión fuera tenida en cuenta, y advertía que la confluencia de prácticas diversas provocaba «significativas diferencias en la práctica judicial» que todavía eran más acuciadas «a causa de la coexistencia de juzgados especializados y otros generalistas. (...) lo que se trata de evitar a través de documentos de consenso». DE LA IGLESIA MONJE ya apuntaba también a la necesidad de regular extremos que resultan decisivos a la hora de llevarse a cabo la audiencia. La autora insistía en que debe atenderse a la situación personal y al contexto familiar que está viviendo el NNA, en que necesariamente debe facilitársele información adecuada y, además, recalca ya que los profesionales que actúan en procesos en los que se afecta a menores deben recibir formación especializada en aras de promover el acceso y participación de los NNA ante la justicia⁴⁵.

En la práctica procesal se constata que existen pautas o protocolos (fruto del consenso de los operadores jurídicos) que se han ido extendido con cierta uniformidad en la práctica de la audiencia, como son, la entrevista a puerta cerrada, de forma reservada, sin presencia de abogados ni de procuradores, ni de los progenitores, prescindiéndose de la toga, y muchas veces, afortunadamente, fuera de la sala de vistas y en una fecha diferente a la de la celebración de la vista o del juicio.

La falta de regulación clara y suficiente, las disparidades existentes entre la normativa considerada y la diversidad de criterios que se van sucediendo en la práctica procesal, conllevan que en múltiples casos no se respete el derecho de audiencia. Parece, además, que se parta de la premisa de que es mejor no escuchar a las personas menores con la finalidad de apartarlas de la contienda judicial. Pero con ello, a no ser que las circunstancias concurrentes así lo exijan o lo

⁴⁴ Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», 2014.

Consultable en:
<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

⁴⁵ Vid. op.cit. DE LA IGLESIA MONJE, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017. La autora afirma que: «(...) Respecto al entorno amigable, la forma de conducir la audiencia del menor, el especial cuidado que ha de ponerse en determinar el grado de libertad del niño y su exposición a eventuales presiones, la evaluación de los potenciales riesgos a los que se enfrenta, así como la determinación de su grado de madurez son temas importantes de regular pues ha de prestarse particular atención al conflicto de lealtades que puede padecer el niño a consecuencia del enfrentamiento de sus progenitores» (p. 349). Asimismo, afirma que: «(...) Se trata de hacer que el sistema sea más accesible para los menores. Si el sistema judicial es poco accesible pueden ser objeto de una multitud de restricciones o violaciones de sus derechos.» (p.359).

recomienden, lo que se provoca es la invisibilidad de la persona menor, que curiosamente es la que va a ser gravemente afectada con la decisión que se adopte. Esta visión se asienta en una concepción proteccionista que le priva de su derecho a ser escuchada y que le aparta del proceso, pero a la vez le veda la posibilidad de manifestar sus opiniones, si así lo desea. Y, es que, de lo que necesariamente hay que partir es de la preferencia a que la persona menor sea escuchada y en cualquier momento en el que se vaya a tomar una decisión que le pudiese afectar. No cabe duda de que para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho es necesario que esta audiencia tenga lugar con las máximas cautelas atendiendo a criterios técnicos en aras de evitar la victimización de la persona y procurando la observancia de todas las garantías necesarias para su práctica.

Conviene referir el contenido de la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo General del Poder Judicial (2020) que, en este sentido, constata que, en gran parte de las resoluciones analizadas, en las que es necesario por la autoridad judicial dirimir sobre el régimen de guarda más adecuado, no se tienen en cuenta las opiniones manifestadas por los NNA afectados. En algunas resoluciones el órgano decisorio prescinde de su escucha, en otros, se aparta de su voluntad o de sus manifestaciones sin motivar las razones que le conducen a adoptar las medidas contrarias a las opiniones manifestadas. En esta ineludible Guía se detallan además recomendaciones para la práctica de la audiencia con plenas garantías para los NNA⁴⁶.

3.2. El criterio de la edad de la persona menor aplicado de forma automática no propicia la escucha de los NNA y restringe su derecho a ser escuchados

El Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas ya alertó en la ya referida Observación general nº12 (2009) que, a pesar del avance que había supuesto el contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y de los esfuerzos por parte de los Estados para garantizar a los NNA el respeto a su derecho a ser escuchados, se detectaban prácticas que obstaculizaban severamente su ejercicio. En este sentido, el Comité ya desaconsejaba la determinación de una edad concreta para el ejercicio de este derecho, toda vez

⁴⁶ Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ) «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida», 2020. Consultable en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>

En cuanto a la escucha de la persona menor se recoge, entre muchos otros extremos, que: «Llama la atención que en algunas ocasiones las resoluciones se apartan de los deseos manifestados por los/as hijos/as *sin llevar a cabo un análisis suficiente de las razones por las que no se acogen* esos deseos, limitándose a aducir sencillamente la “inmadurez” genérica de los menores afectados pero sin expresar los motivos por los que se llega a la conclusión de que la opinión manifestada carece de madurez o fundamento. Llama también la atención que en un número muy elevado de casos no consta ni que se haya escuchado directamente a los/as hijos/as, ni que se haya practicado audiencia de los mismos por parte de los peritos psicólogos y/o sociales, de suerte que, al menos en apariencia, la decisión sobre la custodia se adopta sin tener conocimiento de (y sin tener en cuenta en absoluto) la opinión de los menores, a pesar de que la gran mayoría de los/as hijos/as involucrados en los casos analizados se encuentren entre los 7 y los 18 años de edad».

Resulta muy recomendable su lectura. En el Anexo VIII de esta Guía, se recogen recomendaciones para llevar a cabo la audiencia de las personas menores, considerando y detallando aspectos como el contexto en el que ha de tener lugar (tiempo de espera, espacio físico, aspectos del entrevistador/a), inicio y fases de la audiencia (esto es, su estructura: inicial, central y cierre, señalándose consignas y recomendaciones para cada una de las fases), momento en que se recomienda su desarrollo y orientaciones para discernir sobre su grado de madurez, entre otros extremos.

que en la práctica este hecho sólo viene a propiciar que las personas que no hayan alcanzado esta edad no sean escuchadas, sin entrar a valorar si cuentan o no con suficiente capacidad para ejercer su derecho a ser escuchadas, si es su voluntad. Esta afirmación ha de ser cohonestada con el hecho de que somos conocedores por otras disciplinas que los niños y niñas desde edades muy tempranas ya cuentan con sus intereses y propias preferencias, y que incluso sin poderlas expresar verbalmente, pueden expresarlas por medio de formas no verbales⁴⁷.

Conviene recordar en este punto que en el artículo 9 de la LOPJM precisamente se prevé que la persona menor pueda expresar su opinión «verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación».

Desde una visión del derecho comparado, y tal y como constata SUSÍN CARRASCO⁴⁸, es necesario referir que en Francia fue eliminada la fijación de una edad concreta que hiciera presumir la madurez del niño o niña (con anterioridad a su supresión estaba fijada en la edad de trece años). En Alemania, el ordenamiento promueve la escucha de todos los niños y niñas, y en la práctica, suelen escucharse a partir de los tres años. Del análisis del derecho comparado llevada a cabo por esta autora se infiere que en los ordenamientos jurídicos que no optan por adoptar un criterio cronológico se propicia una escucha activa desde edades muy tempranas.

Resulta obvia la imposibilidad de extender de forma absoluta la obligatoriedad de escuchar a todos los NNA en cualquier procedimiento que les afecte. Sin embargo, lo que sí resulta imprescindible es valorar caso por caso si aquella persona menor puede ser escuchada, si así lo quiere, atendiendo a su madurez y a las circunstancias concurrentes, cohonestando esta valoración con su interés superior de protección, velando así por el respeto a su derecho a ser escuchada.

Llegados a este punto conviene volver a referir el contenido del artículo 9 de la LOPJM, en cuya virtud esta determinación de la madurez debe quedar en manos de los *especialistas*, y, *una vez determinada*, debería entonces valorarse por la autoridad judicial si es o no recomendable en ese

⁴⁷ Se recoge así en la propia Observación general nº12 (2009), ya citada. Y, respecto a este extremo, entre otras, podría citarse la obra de LANSDOWN, *The evolving capacities of the child*, Unicef, 2005, que afirma que «un número cada vez mayor de investigaciones atestiguan el papel activo que los niños mismos desempeñan en el desarrollo de sus propias habilidades, en las negociaciones que forman parte de su vida cotidiana y en el grado de responsabilidades que aceptan» así como, que «el empeño de respetar los derechos humanos del niño requiere una revisión radical de las ideas preconcebidas que ven a la infancia como un período de inferioridad de condiciones. Al reconocer la importancia de la evolución de las facultades del niño para el ejercicio de sus derechos en general y, en particular, del derecho a que sus opiniones sean tomadas en serio, la Convención sobre los Derechos del Niño representa un reto explícito contra tales concepciones de la infancia. Las soluciones distan mucho de ser evidentes. No es posible prescribir una edad definida a la cual todos los niños necesitan más o menos protección u oportunidades a la hora de asumir responsabilidades. Tampoco es posible crear marcos jurídicos o sociales suficientemente flexibles para que se ajusten a las capacidades sumamente variables de los niños respecto a los distintos aspectos de su vida».

Obra consultable en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>

⁴⁸ Para un análisis detallado de la cuestión, vid. SUSÍN CARRASCO, «La audiencia del menor en Derecho comparado» en ABEL LLUCH, (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp. 135-157; que analiza el tratamiento de la audiencia de los NNA en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Gales.

supuesto concreto que tenga lugar la audiencia o entrevista con la persona menor afectada, atendiendo siempre a su interés superior y de forma motivada.⁴⁹

Tampoco nada se prevé respecto a las diferencias que a todas luces requerirá la práctica de la audiencia si la persona entrevistada es un niño o niña de corta edad o bien si es un adolescente. CARTIÉ JULIA ya indicaba que «es necesario tener en cuenta que el adolescente se halla inmerso en un proceso psicoemocional complejo»⁵⁰, proponiendo algunas pautas o consideraciones a tener en cuenta especialmente en este contexto. Del mismo modo, el diseño de la audiencia y los recursos empleados tampoco pueden ser los mismos en las entrevistas a niños y niñas que tengan lugar en las primeras etapas de su infancia.

Cabe señalar también en este punto que nada debería obstar, conforme a la normativa considerada (es más, resulta preceptivo a tenor de la normativa analizada⁵¹), que sea la propia persona menor la que, si lo considera, solicite ser oída en audiencia en los casos en los que no sea acordada de oficio. Sin embargo, esta solicitud efectuada por el NNA en los procedimientos de familia es común que sea solicitada por las partes litigantes o solicitantes de un expediente, generalmente uno o ambos progenitores en contienda, lo que dificulta gravemente el derecho del NNA afectado a ser escuchado, y además puede generarle malestar y graves conflictos emocionales. Cabe atender a la cuestión de que, aunque la legislación sustantiva y procesal prevean su solicitud directa⁵² rara vez esta se produce, quizá por el desconocimiento de los NNA a este derecho y la falta de conciencia social del necesario respeto y promoción del ejercicio de sus derechos.

Cabe en este punto añadir que, aunque los NNA ostentan capacidad para ser parte, no son parte procesal del procedimiento, y, cabe referir que, además, carecen de capacidad procesal por sí mismos conforme al artículo 7 de la LEC. Todo ello implica que, por el momento, aunque existen preceptos tanto sustantivos como procesales que permiten a la persona menor solicitar directamente a la autoridad judicial ser escuchada en los procesos de familia aun no siendo parte, en la práctica su intervención procesal se hace depender de la actuación de las partes

⁴⁹ Sobre el juicio de admisión o denegación de la audiencia resulta muy interesante la lectura del capítulo ya citado de ABEL LLUCH, *Problemática actual de los procesos de familia*, pp. 321-324.

⁵⁰ Vid. CARTIÉ JULIA. et. al., «La audiencia del menor y la audiencia del menor maduro (16-17 años)» en ABEL LLUCH, Xavier (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp.43-56.

⁵¹ Al respecto es necesario considerar que en virtud del art. 92.6 CC «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

A su vez, a tenor del art. 770.4 LEC «Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad (...)»

⁵² Otras posibles solicitudes dirigidas directamente por el/ la menor a la autoridad judicial en materia de familia se prevén en los artículos 158, 160 o 167 del CC, así como en el artículo 87 in fine de la LJV tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y nótese que no se exige que la persona menor cuente con una edad determinada y ni tan siquiera figura el requisito de que cuente con suficiente madurez.

procesales que integran el procedimiento, que generalmente, serán sus representantes legales⁵³.

Resulta necesario insistir en que no existe ninguna norma procesal que articule, concrete o desarrolle esta posible participación de la persona menor afectada en los procesos judiciales de familia. Una cuestión tan esencial como dar respuesta a de qué modo y en qué momento puede el NNA efectuar esta petición al órgano judicial en un proceso de familia no se ha previsto, y, como consecuencia, no sólo no se está garantizando a la persona menor el ejercicio efectivo de su derecho a ser escuchada, sino que, además, se sigue apartando del proceso a las personas menores afectadas por aquel, alejándose el sistema procesal de las directrices proclamadas por el Consejo de Europa y avaladas por el Parlamento Europeo ya referidas *ut supra*, en orden a construir una justicia adaptada a las personas menores (*child-friendly justice*)⁵⁴.

3.3. La audiencia mal sustituida por el dictamen de especialistas

En la práctica también nos encontramos con el supuesto en que, de forma automática, el órgano decisorio deniega la audiencia al NNA en base a que la opinión de éste ya consta por manifestaciones efectuadas a los técnicos que en algún momento hayan intervenido en el proceso, constando en un dictamen que obra en el mismo. Esta decisión, que sólo podría ser alcanzada atendiendo al caso concreto y de forma motivada, si se funda precisamente en que ya consta en un dictamen anterior, no concuerda con el espíritu ni el contenido de los mandatos ínsitos en la Convención de Derechos del Niño, ni garantiza de modo alguno el respeto a su derecho a ser escuchado.

Así, tal denegación, solo podría ser justificada si descansa en el interés de la persona menor, por ejemplo, en supuestos en los que sea recomendable evitar una excesiva sobreexposición al proceso judicial, para evitar la victimización, si se le pregunta a la persona por hechos traumáticos, o, en definitiva, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejan.

ABEL LLUCH, desgrana las diferencias existentes entre la audiencia o entrevista con el NNA y el dictamen de especialistas, y concluye que «ni la audiencia del menor excluye el dictamen de especialistas, ni como regla general la emisión del dictamen de especialistas suple a la audiencia del menor»⁵⁵.

En este sentido, se pronunció el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)* en la Sentencia de 11 de octubre de 2016, *Iglesias c. España* (ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD002329812)⁵⁶ que, analizando nuestro derecho interno, consideró que la audiencia de la persona menor es necesaria si esta cuenta con suficiente madurez y siempre si ha alcanzado la edad de doce años

⁵³ Así, aunque la normativa analizada impone la obligatoriedad de escuchar a las personas menores sobre las decisiones que les afectan a partir de los doce años (o con anterioridad si cuentan con suficiente madurez) a no ser que su interés superior aconseje lo contrario y de forma motivada; si su escucha no es promovida por la autoridad judicial y/o por el Ministerio Fiscal, ya sea porque es indebidamente omitida o porque se presume (también indebidamente) que la persona menor no cuenta con la madurez suficiente por no haber alcanzado dicha edad, su audiencia dependerá del papel que adopten las partes del proceso (normalmente los progenitores) que pueden o no interesarla.

⁵⁴ A este respecto, vid. op. cit. CONSEJO DE EUROPA « Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)», 2016, pp. 26-28.

⁵⁵ Vid. op. cit. ABEL LLUCH, *Problemática actual de los procesos de familia*, pp. 268-269.

⁵⁶ Sentencia TEDH (Sección 3ª), *Affaire Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra c. España*, Requête n° 23298, de 11 de octubre de 2016. Vid. valoraciones contenidas en las consideraciones 36-43 de la resolución. Consultable en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-167113%22%5D%7D>

(atendiendo a que el ordenamiento español adopta este criterio) salvo si concurre algún motivo amparado en su interés superior y siempre que conste debidamente motivada tal denegación atendiendo a este interés superior⁵⁷.

También esta exigencia se infiere del contenido de la *Observación General n°12 del Comité de los Derechos del Niño*, que precisamente recomienda a los Estados que «siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado *directamente* en todo el proceso»⁵⁸. Es una cuestión esencial comprender que en el texto en el que se recoge este derecho y en el que se inspira toda la normativa posterior, no se parte de la base de que sea el órgano decisorio el que haya de valorar si la opinión de la persona menor puede o no puede ser recogida por un representante o por un órgano apropiado (en nuestra práctica procesal comúnmente el dictamen de especialistas), sino que hay que partir de una premisa distinta, cuál es, que *desde la perspectiva de la Convención de Derechos del Niño y en virtud de su mandato es la propia persona menor la que, si cuenta con suficiente madurez y quiere expresar su opinión, puede decidir si la manifiesta por ella misma o a través de un representante designado al efecto*, que deberá velar por sus intereses. Lo que nos conecta de nuevo con el mandato contenido en el artículo 9 de la LOPJM, que dispone que «se garantizará que el menor, cuando cuente con suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por el mismo o a través de persona que (él) designe para que le represente». Si bien este mismo artículo en su apartado segundo in fine preceptúa que «no obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente». Esta previsión ha de ser interpretada necesariamente de forma restrictiva, habida cuenta de que del tenor literal del precepto ya se infiere claramente que el hecho de conocer su opinión de forma indirecta a través de terceros sólo podría proceder en el supuesto en que las circunstancias no aconsejen la escucha directa atendiendo a su interés superior⁵⁹.

⁵⁷ Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 163/2009, Sala Segunda, de 28 de julio de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:163) (FJ 5) no estimó el amparo en un supuesto en el que fue denegada la audiencia al entenderse que el menor ya había hecho constar sus opiniones ante el equipo psicosocial. Se aleja en esta resolución el TC de pronunciamientos efectuados anteriormente al entender que tras la reforma del artículo 92.6 CC operada por la *Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*, « (...) los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).» Esta argumentación no parece tener encaje en los pronunciamientos que emanan del TEDH.

⁵⁸ También se extrae así del análisis del precepto que se efectúa en la ya citada Observación general n°12 CDN. En esta, además, se indica «Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado». El Comité recomienda que, siempre que sea posible, «se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado *directamente* en todo procedimiento».

⁵⁹ Vid. En este sentido, vid. entre otras, la ya citada STS 18/2018, Civil, de 15 de enero, (ECLI:ES:TS:2018:41) que, en su FJ4, recoge que «Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada, según la doctrina ya recogida. Es el supuesto que contempla la STS 578/2017, de 25 de octubre» (ECLI:ES:TS:2017:3751). Añade el Tribunal que, «se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se

Reiterada jurisprudencia exige la motivación fundada de las resoluciones que deniegan la práctica de la audiencia invocando los referidos preceptos. En este sentido, conviene citar la STS 87/2022, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:3299); que en consonancia con las STS 413/2014, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4233); STS 157/2017, Civil, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:851); la ya referida STS 18/2018, Civil, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2018:41); la STS 548/2021, Civil, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3028); y la STS 577/2021, Civil, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3299); entre otras, recoge dos premisas «(i) la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescindiera de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo *resuelva de forma motivada*» (FJ2).

3.4. La necesidad de diseñar pautas y criterios para el desarrollo de cada audiencia y que sean adaptables a cada NNA

Es necesario remarcar que no sólo la audiencia o entrevista de los NNA por parte de la autoridad judicial deviene esencial en aras de garantizar su derecho a ser escuchados en cualquier decisión que les afecte, sino que además, en la mayoría de los casos, puede suponer una fuente de información muy valiosa, esencial y decisiva para la toma de decisiones en materias que les afectan de forma tan significativa como son la atribución de la guarda o el ejercicio de la misma por parte de sus progenitores cuando existen desacuerdos. Ahora bien, como ya he referido, esta audiencia debe llevarse a cabo investida de todas las garantías y de forma respetuosa con los NNA, al margen de cualquier injerencia negativa en sus derechos, y velando para que no se les pueda irrogar ningún daño. Precisamente por ello, es absolutamente necesaria la determinación de unos criterios claros para el desarrollo de esta audiencia y la unificación de los mismos en todos los órganos en los que pueda tener lugar esta entrevista.

Es obvio que para la formulación de dichos criterios deberá atenderse a las recomendaciones de expertos en materia de práctica jurídica pero también estas pautas deberán ser diseñadas técnicamente por especialistas en el ámbito de la psicología y de la psiquiatría, debiendo contar de forma imprescindible con su colaboración⁶⁰. Los protocolos unificados que se diseñen a tal

pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive, o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio (STC 163/2019 de 29 de junio). A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si ésta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.»

⁶⁰ En este sentido, se pronuncian los psicólogos ÁLVAREZ RAMOS y CATALÁN FRÍAS, «La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad» en ABEL LLUCH (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 131-134. Los autores proponen la adaptación de la entrevista a su nivel madurativo, la necesidad de transmitir seguridad y evitar que se puedan sentir responsables de la decisión, protegerles del conflicto, ajustarla al mínimo de tiempo posible para evitar que perdure el posible

fin deben partir de la necesaria adaptación a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, en aras de tratar de reducir cualquier impacto negativo en su bienestar⁶¹.

En este punto, debemos volver a considerar la *Observación General n°12* (2009) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ya citado, que enumera cinco medidas que han de ser configuradas y establecidas por los Estados a fin de poder dar cumplimiento al mandato del artículo 12 de la Convención, cuales son, la *preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del NNA, la comunicación de resultados al mismo y la posibilidad del mismo de formular quejas y recursos*⁶². Estas fases, que configuran el denominado «Itinerario de la escucha» también han sido consideradas por numerosos autores, que las han analizado y formulado con el fin de lograr una práctica de la audiencia con las máximas garantías para el NNA⁶³.

También resulta totalmente necesario diseñar y articular de forma clara esta intervención de los especialistas en el ámbito procesal y dar respuesta a la cuestión de cómo coadyuva su actuación con el resto de operadores jurídicos. El establecimiento de criterios y de pautas que conformen un protocolo saludable o seguro para la salud psíquica de los NNA unida a la convicción de los juristas del necesario reconocimiento y garantía de este derecho (a excepción de que en un caso concreto no sea recomendable atendiendo siempre al interés superior del NNA y siempre de forma motivada) contribuirían a la proliferación de la escucha activa de los NNA en cualquier decisión que les afecte pudiendo ser tenidas así en cuenta sus manifestaciones siempre que las circunstancias lo permitan.

3.5. La determinación del juicio de madurez y aptitud suficiente para la práctica de la audiencia

Es necesario plantearse también cómo debe llevarse a cabo este juicio de madurez del NNA. No cabe duda de que es necesaria la especialización de los órganos judiciales y del personal interviniente para que, partiendo de unos criterios y de unas pautas, les sea posible apreciar de forma más acertada si concurren o no los requisitos para la posible audiencia de la persona afectada, siempre, eso sí, desde la presunción de que la persona menor cuenta con capacidad suficiente para expresar sus opiniones desde edades tempranas y que tiene derecho a ello.

malestar, aplicar herramientas para detectar el posible indicio de chantaje o de instrumentalización, la atención a posibles indicios de sufrimiento, entre otros. También resultan muy interesantes las consideraciones que se realizan respecto a la técnica de observación de la interacción de los NNA con sus progenitores.

⁶¹ En este sentido, SAVE THE CHILDREN «Infancia y justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España», 2012, ya alertaba de que la Administración de Justicia en España no está adaptada a las necesidades de los NNA y que ello provoca violencia institucional. Consultable en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancia_y_justicia.pdf

⁶² Se recogen las medidas básicas para garantizar el ejercicio de este derecho en el apartado segundo del análisis jurídico contenido en la ya citada Observación general n°12 (2009). Consultable en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

⁶³ Vid. en este sentido, POSADA FERNÁNDEZ, «El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten» en SOLÉ RESINA /ALMADA MOZETIC (Coords.), *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, 2018, pp. 208-213. En el apartado «El proceso de formación de la opinión del menor y su derecho a expresarla y a que sea oída en el procedimiento que le afecte» valora de forma detallada las fases enunciadas por el Comité de los derechos del Niño de las Naciones Unidas y recoge interesantes propuestas de lege ferenda.

Y, también, en este sentido, puede consultarse el estudio, ya citado, elaborado por el DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, pp. 16-19.

Conviene aquí recordar el mandato contenido en el artículo 9 de la LOPJM, que precisamente indica que la madurez ha de ser valorada por *personal especializado*. En este sentido, también el Comité de los Derechos del Niño recoge como obligación de los Estados parte «impartir capacitación» sobre el contenido del artículo 12 de la Convención y sobre su aplicación práctica a todos los profesionales⁶⁴ que intervengan en asuntos en los que se afecte a personas menores.

Asimismo, como medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, el Comité alude a la necesidad de establecer buenas prácticas en orden a evaluar de forma individual y personalizada la capacidad del NNA, atendiendo a su situación personal y a sus particulares circunstancias, a fin de poder dirimir si la persona menor en cuestión es o no capaz de formarse un juicio propio de forma «razonable e independiente» para dilucidar si sus manifestaciones u opiniones pueden ser tenidas en cuenta por la autoridad judicial. En este sentido, algunos autores defienden que sean los Equipos técnicos los que valoren *prima facie* la capacidad del NNA para formarse su propia opinión, y, una vez superada esta valoración, que este mismo Equipo informe claramente a la persona menor de edad sobre el derecho que tiene a ser escuchada, de que puede manifestar su opinión por ella misma o bien a través de un representante que ella designe y, también, de las consecuencias que puede tener expresar su opinión si esta es tenida en cuenta⁶⁵.

Otra cuestión que resulta importante ligada a lo que precede es la necesaria aptitud de la autoridad judicial para llevar a cabo esta escucha activa una vez se determine que concurren las condiciones para que el NNA pueda ser escuchado. En este sentido, en la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* ya citada, se alerta también de la importancia de la especialización del orden jurisdiccional y de la formación especializada de la autoridad judicial en la materia para fomentar la escucha activa y posibilitar que esta audiencia sea llevada a cabo de forma garantista con los derechos de los NNA⁶⁶. Hay que atender a que

⁶⁴ El Comité se refiere en sentido amplio a todos los intervinientes en procedimientos en los que resulten afectados NNA, tales como: abogados/as, jueces/zas, policías, trabajadores/as sociales, trabajadores/as comunitarios/as, psicólogos/as, entre otros.

⁶⁵ En este sentido, CASO SEÑAL, «El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria», en AAVV, *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, SCAF, 2016, pp. 39 ss., proponiendo también incluso que: «Si el menor optara por interesar la audiencia directa ante el juez ya quedaría en manos de este convocar la exploración judicial que sólo podría rechazar mediante resolución motivada. Si el menor optara por ser escuchado directamente por el equipo (técnico) ya en el mismo acto se podría recoger en acta el contenido de su opinión (...)».

⁶⁶ Vid. En la ya citada *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, 2020, en la que se afirma que: «La aplicación del derecho de familia exige, además de un adecuado conocimiento técnico-jurídico de la materia, el conocimiento específico y la aplicación de ciertas técnicas metajurídicas, específicas de los procesos de familia, que la mayoría de los Juzgadores desconoce e inaplica. Así ocurre con el análisis de las pruebas periciales. No se conocen las técnicas seguidas para la elaboración de estos estudios y para la extracción de determinadas conclusiones. Si la base de un porcentaje altísimo de las sentencias es precisamente el informe pericial, es particularmente importante que el Juzgador conozca cómo se ha hecho ese informe, cómo y por qué los peritos han llegado a determinada conclusión. Los juzgadores no hacen análisis crítico de los informes psicosociales, en gran parte porque carecen de los conocimientos técnicos suficientes para poder llevarlo a cabo y poder someter al perito al interrogatorio adecuado en ratificación. (...) Lo indicado en el ordinal anterior es igualmente aplicable a las técnicas relativas al interrogatorio de las partes o la audiencia de los/as hijos/as competentes, que son esenciales para conocer las circunstancias de la familia. *Es particularmente importante conocer la técnica para oír y escuchar a un niño y para extraer la información adecuada acerca de cuáles son sus preferencias, sus necesidades, sus deseos. Todo esto requiere una técnica, que no es jurídica pero sí necesaria, y de la que la inmensa mayoría de los Jueces carecen. La formación especializada es absolutamente necesaria para esto, y la especialización de la jurisdicción también.*» p.144.

una mala realización de esta audiencia por incurrirse en malas técnicas puede comportar al NNA daños irreversibles.

3.6. La obligación de levantar acta de la audiencia y el derecho a la intimidad

En la práctica procesal se ha planteado si la obligación de extender acta, en cualquier caso, sobre las manifestaciones del NNA en la audiencia que se lleve a cabo puede comprometer su derecho a la intimidad. Según el ya citado artículo 18.2 apartado cuarto de la LJV, tras las modificaciones introducidas en el precepto por la LOPIIA, del resultado de las comparecencias que se celebren en los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a los intereses de una persona menor de edad «se levantará *en todo caso*, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los *datos objetivos del desarrollo de la audiencia*, en la que reflejará las *manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad*». Estas precisiones que se recogen ahora en el precepto vienen motivadas por los argumentos que se contienen en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 64/2019 de 9 de mayo⁶⁷ que se pronunció acerca de la posible colisión entre el derecho a la intimidad de la persona y el derecho de defensa de las partes intervinientes.

⁶⁷ En la nueva redacción se incluyen las precisiones efectuadas por el Tribunal Constitucional en la STC 64/2019, Pleno, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:64), que se pronunció sobre la posible colisión entre el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) de las personas menores y el derecho a la defensa (art. 24.2 CE). Se recoge en la sentencia que el acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado» y que este derecho forma parte del «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos» (FJ 4). El alto Tribunal esgrime, tras llevar a cabo un juicio de proporcionalidad de la norma, que es en el desarrollo de la audiencia del menor cuando hay que dar observancia y cumplimiento a los derechos de audiencia y participación en el procedimiento así como al derecho a la intimidad de la persona menor, y no tanto, en el momento del traslado del acta, afirmando que «es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la administración de justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1 párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente (...) Si se observan estrictamente estas reglas y cautelas, como es obligado en atención al interés superior del menor, se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad: en cuanto reflejo de una exploración judicial en la que ya se han adoptado las medidas oportunas para preservar la intimidad del menor, el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones.» (FJ8)

Así, el Tribunal concluye que la norma no vulnera ningún precepto constitucional y que el acta necesariamente ha de existir y ser imperativamente trasladada a las partes legitimadas en aras de garantizar la observancia del principio procesal de contradicción contenido en el artículo 24 CE, máxime en los procesos de jurisdicción voluntaria en los que se afecte a personas menores, que de conformidad con el artículo 19.2 LJV pueden resolverse por la autoridad judicial, según este precepto, en función de «cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados».

Con posterioridad a que fuera dictada esta Sentencia los operadores jurídicos han tratado de examinar y de ir adaptando la práctica procesal al mandato constitucional⁶⁸.

No obstante, quedan muchas cuestiones por atender en la práctica procesal y estas difícilmente podrán ser resueltas sin una regulación clara en la materia. Difícil también resulta en cada caso dar cumplimiento al mandato de que el acta deba contener las manifestaciones «imprescindibles por significativas y estrictamente relevantes» y complejo resulta también en algunos supuestos preservar incólume el derecho de intimidad de los NNA con la extensión del acta a las partes intervinientes⁶⁹.

3.7. Las consideraciones y valoraciones de las opiniones manifestadas por los NNA en la audiencia

Es necesario atender a que no sólo debe escucharse a la persona menor de edad siempre que las circunstancias concurrentes no lo desaconsejen (y si esto es así siempre debe motivarse fundadamente atendiendo al interés superior de la persona); sino que sus opiniones deben también ser debidamente consideradas, en función de su edad y madurez, y tenidas en cuenta por la autoridad judicial a la hora de resolver sobre la cuestión que le afecta, debiendo, además *recogerse el resultado de la audiencia y su valoración* en esta resolución.

Ahora bien, conviene hacer una precisión al respecto. Que deban *tenerse en cuenta sus opiniones no se traduce en que el NNA tenga derecho a decidir*, toda vez que sus preferencias pueden no ser adecuadas a su interés superior⁷⁰. Podrán ser tenidas en cuenta (o no) en función de cada caso, deberán ser valoradas y será la autoridad judicial la que deba tomar la decisión velando por su interés superior, y, reitero, emitiendo una resolución fundada y motivada en cada caso. De LA

⁶⁸ En este sentido, puede consultarse: AURABEDA DALMAU / CRISTÓBAL SÁEZ / JANÉ GIL «La exploración del niño/niña/adolescente y el derecho a la intimidad» en ABEL LLUCH (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 135-141. Los autores, todos ellos jueces, una vez dictada la referida STC 64/2019, se plantean en este capítulo cuestiones como cuál es la información mínima que habrá de ser facilitada a la persona menor y, coinciden en que «en atención a la STC antedicha, debe considerarse que, en aras de preservar su intimidad en el ejercicio de su derecho de audiencia, al menor se le debe informar: primero, de que sus manifestaciones pueden ser conocidas por las partes del procedimiento; segundo, sobre qué extremos puede pronunciarse, especialmente sobre aquellos de los que no es necesaria su manifestación de opinión (...)». También se plantean otras cuestiones respecto a la implicación del contenido de esta sentencia en la práctica procesal, tales como, la actuación de los peritos sobre las manifestaciones efectuadas por la persona menor o ante la solicitud de traslado de la grabación del acta, en los casos en que dicha grabación exista.

⁶⁹ Vid. El artículo doctrinal del magistrado que planteó la cuestión de inconstitucionalidad en respuesta a cómo se resolvió en la ya referida STC 64/2019. ABEL LLUCH «Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2.4.º, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley*, nº9533, 2019.

⁷⁰ A este respecto, entre otras, vid. Auto del TSJ de Cataluña, Civil, de 28 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:561^a) que en su FJ 3 recoge «(...) resulta que el principio general es el del favor filii y la voluntad expresada por el menor no puede contravenir dicho principio general, todo ello sin perjuicio de ser tenido en cuenta como un elemento de valoración para determinar cuál debe ser dicho favor filii lo que comporta la revisión de los elementos fácticos».

También vid. la recopilación de doctrina elaborada por GARCÍA GONZÁLEZ en «Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya», Atelier Llibres Jurídics, 2019, pp.185-186.

Así como, PÉREZ AGUILERA «La intervención de los menores en los procesos civiles y la defensa de sus intereses» en BANACLOCHE PALAO (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi 2020, pp.251, que, al referirse a la audiencia de la persona menor destaca que «(...) conviene precisar que oír al menor no equivale a acatar su voluntad de forma acrítica e incondicional».

IGLESIA MONJE afirma en este sentido que la autoridad judicial debe escuchar a la persona menor antes de tomar una decisión, a fin de garantizar su derecho fundamental a ser escuchada, y aun cuando no queda obligada a resolver conforme a sus manifestaciones, no quedando vinculada por las opiniones que esta expresa «(...) sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación»⁷¹.

Además, la autoridad judicial debería trasladar a la persona menor, de forma accesible y comprensible atendiendo a sus circunstancias personales, el *resultado del procedimiento con la expresa indicación de cómo ha valorado o si ha tenido en cuenta (o no) las opiniones manifestadas*. Esta comunicación coadyuva con la necesidad de dar cumplimiento real y efectivo al derecho de la persona menor a ser escuchada y, además, facilita que ésta pueda adoptar una postura en contra recurriendo la resolución.

En este punto advertimos de nuevo que nuestro sistema procesal no ha sido formulado para promover o facilitar la participación de las personas menores en el procedimiento judicial, aun existiendo preceptos que refieran a una posible intervención y aun debiendo serles notificadas determinadas resoluciones y debiendo conferirles legalmente la posibilidad de recurrirlas. Sólo es necesario reiterar que, aunque legalmente el propio NNA pueda solicitar ser escuchado ante la autoridad judicial no existen todavía unos parámetros legales diseñados *ex profeso* para articular esta posible solicitud ante los tribunales y menos aún un sistema de recursos que posibilite impugnar las resoluciones que le atañen. Lo anterior, no hace más que confirmar que el sistema procesal no está pensado ni se adapta a las personas menores, que aun no siendo parte del proceso son partes sustancialmente afectadas por el mismo, y, aun así, su legítima participación no ha sido suficientemente considerada por el ordenamiento.

3.8. La comunicación a los NNA de la resolución sobre aquello que les afecta, sobre cómo se han tenido en cuenta sus manifestaciones y sobre de qué recursos disponen para la impugnación de la misma

El ordenamiento jurídico debe poder garantizar que la resolución que afecte a la persona menor le sea debidamente notificada y pueda ser recurrida si no se ha dado cumplimiento u observado su derecho a ser escuchada, o bien, si se considera que sus manifestaciones no han sido tenidas debidamente en cuenta.

No obstante, debemos atender a una cuestión procesal ya referida, y es que, aunque de la normativa supranacional invocada se infiera que se está pensando en el NNA como un actor en el proceso⁷², debemos considerar que en nuestro derecho procesal las personas menores que son llamadas al procedimiento de familia para ser oídas sobre cuestiones que les afectan no son parte del proceso en sentido estricto, ni como he indicado, nuestro sistema procesal está concebido para la participación activa de los NNA afectados por el mismo. Por ello, la notificación de esta resolución y la posibilidad de recurrirla requieren, de un lado, como ya se ha apuntado, de una regulación clara que establezca la obligatoriedad de ser notificadas acerca del resultado de la comparecencia, el modo de llevar a cabo esta notificación y la exigencia de que sean informadas debidamente y de forma comprensible de los medios de impugnación de la

⁷¹ Vid. op.cit. DE LA IGLESIA MONJE, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017, p. 349.

⁷² En este sentido, vid. op.cit. DÍEZ RIAZA en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, 2016, pp.563.

resolución dictada, así como de los plazos; y, del otro, requiere también que las personas menores cuenten con la posibilidad de formular el recurso si lo creen conveniente.

Resulta obvio que la interposición del recurso sólo es posible si existe un sistema de recursos planteado a tal efecto, y si puede procurársele una asistencia letrada accesible, directa y gratuita para que la persona menor sea asesorada y tenga posibilidad de formular, en su caso, el recurso y, que, en todo caso, cuente con una información comprensible y adaptada a sus circunstancias personales en todo momento.

No cabe duda de que no puede hacerse depender la posible interposición del recurso del apoyo de sus representantes legales (generalmente sus progenitores) para plantear este hipotético recurso, supuesto que es cuanto menos difícil y cuestionable que concurra, al tratarse de cuestiones en las que sus representantes mantendrán posturas contrapuestas no pudiendo garantizarse, en ocasiones, la preservación del interés superior del hijo/a. Tampoco tendría sentido que la persona menor se viera obligada a instar un expediente de jurisdicción voluntaria solicitando el nombramiento de un defensor judicial con la finalidad de que sea éste último el que interponga el recurso, por cuanto como ya se ha indicado no es parte procesal. Y tampoco puede hacerse depender su posibilidad de recurrir de la actuación del Ministerio Fiscal como garante de sus intereses. Es más, la normativa considerada exige que sea la propia persona menor, en defensa de sus propios intereses, la que personalmente debe ser notificada y pueda (ella misma con la asistencia letrada debida) formular la impugnación que le ampare en defensa, insisto, de sus propios intereses, que no necesariamente coinciden con los de las partes procesales.

Lo anterior choca frontalmente con la inexistencia de un régimen jurídico específico de recursos que puedan ser formulados por los NNA. No existen en la LEC previsiones acerca de cómo debe procederse a la notificación a la persona menor afectada, qué resoluciones deben serle notificadas ni qué recursos podrían interponer ni en qué plazo procesal. Autores como GONZÁLEZ GARCÍA han venido alertando de la necesidad de que exista un «sistema ordenado y sistemático de normas concebido para dar cobertura adecuada a los derechos fundamentales del menor, de aplicación a los procesos o expedientes civiles que le afectan»⁷³.

Esta omisión de un sistema de recursos articulado para los NNA para impugnar las resoluciones que les afecten en los procesos de familia vulnera el contenido del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, así como el artículo 9 de la LOPJM, que establece la obligatoriedad de notificar a la persona menor la denegación de la audiencia y de indicarle los recursos que puede formular en contra de dicha resolución⁷⁴ con los graves perjuicios que esta omisión irroga a las personas menores de edad.

⁷³ GONZÁLEZ GARCÍA «La protección de los derechos fundamentales de los menores en los procesos civiles: ¿un régimen especial?» en BANACLOCHE PALAO, Julio (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp.286.

⁷⁴ A tenor del artículo 9.3 in fine de la LOPJM « (...) Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

Asimismo, la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*⁷⁵ no contempla la asistencia jurídica gratuita a las personas menores, más allá de las situaciones en las que estas sean víctimas de abuso o maltrato. Esto no cohonesta con el necesario establecimiento de un sistema de recursos accesible que garantice que las personas menores comprendan los derechos que les asisten y puedan formular recurso ante la autoridad judicial si lo consideran.

Aun cuando recientemente ha sido prolija la regulación en materia de protección de los NNA⁷⁶ y en el actual contexto el legislador tiende a dotar al sistema de un mayor reconocimiento a los derechos de las personas menores, sorprende que todavía no existan preceptos en relación a lo apuntado.

4. Conclusiones

Tras el análisis normativo y el examen de algunas de las anomalías que se producen en la práctica de la audiencia en los procesos de familia, pueden extraerse algunas conclusiones. Sin ánimo de exhaustividad conviene recalcar las que a continuación se exponen:

- La disparidad de normas y la confluencia de un criterio legal (juicio de madurez) y de un criterio cronológico (edad), así como la regulación distinta entre la tramitación de los procedimientos de familia y la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria dificulta la práctica procesal de la audiencia, que requiere de una regulación clara y precisa en aras de poder garantizar la protección del derecho de los NNA a ser escuchados.
- El criterio de la edad de la persona menor (doce años) acogido por nuestro ordenamiento como presunción de madurez aplicado de forma estricta conculca el derecho de la persona menor a ser escuchada. Debe partirse de otra premisa: la de que cualquier persona puede ser capaz de tener y manifestar sus propias opiniones. La eliminación del criterio de edad y la valoración del grado de madurez de la persona independientemente de la edad con la que cuente promovería la escucha de las personas menores desde edades tempranas.
- Es sumamente necesario y urgente que la práctica de la audiencia sea regulada a la luz de la normativa supranacional y de la LOPJM, desde la perspectiva de la necesaria adaptación de la justicia a las personas menores para que puedan participar en el proceso de familia, aun no siendo parte procesal. Particularmente en los procesos de familia, el ordenamiento debe propiciar de forma efectiva la escucha activa de los NNA garantizándoles su derecho a ser escuchados en base a unos criterios claros y uniformes atendiendo a la trascendencia para los hijos/as de las decisiones que van a ser tomadas y en cualquier fase del proceso y previa decisión de cualquier decisión que les afecte.

⁷⁵ BOE-A-1996-750 <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1/con>

⁷⁶ Piénsese, entre otras, en la promulgación de la ya mencionada *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE-A-2021-9233 <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>) o en el *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, que plantea significativas modificaciones en materia procesal.

- La persona menor debe ser escuchada personalmente a no ser que atendiendo a su interés superior sea más aconsejable sustituir su audiencia por las opiniones recogidas por los técnicos especialistas conocedores de su situación. Suplirlas por las de los especialistas conocedores de la situación de la persona menor sólo puede explicarse en base a las circunstancias concurrentes y en garantía de un mayor bienestar para la persona menor. Por otro lado, suplir las manifestaciones de la propia persona por las de un representante que le asista o una persona de su elección sólo es posible si la propia persona menor lo solicita.
- Los profesionales, en sentido amplio, que intervienen en el proceso judicial en el que un NNA puede resultar afectado deben poder acceder y contar con formación especializada en materia de derechos de la infancia. Deben poder disponer de herramientas necesarias que les permitan intervenir en cualquier fase de la audiencia con las máximas garantías y hallarse en conexión directa y constante con los Equipos técnicos y /o profesionales de otras disciplinas, como la psicología y/o la psiquiatría, que cooperen y les asistan. Atiéndase a que la autoridad judicial debe ser capaz de, entre otros extremos, evaluar la conveniencia de tomar en consideración y de qué modo las manifestaciones de la persona menor siendo todo ello sumamente complejo. Cabe referir, que esta especialización también le permitirá al/la Letrado/a de la Administración de Justicia velar por la preservación del derecho a la intimidad del NNA especialmente en el momento de levantar acta sobre la comparecencia o acto de la audiencia.
- La determinación del grado de madurez o de discernimiento suficiente de la persona para ser escuchada debe ser llevada a cabo por especialistas de otras disciplinas como la psicología y/o la psiquiatría que se hallen en contacto permanente y directo con la autoridad judicial y personal interviniente. Una vez sea determinada esta cuestión, que operará como premisa para que la persona pueda ser escuchada, será la autoridad judicial la que podrá valorar cómo tiene en cuenta las manifestaciones que el NNA haya efectuado (sobre los aspectos respecto a los que haya querido manifestar su opinión) y siempre debería poder estar asistido por estos especialistas y, además, contar también con la formación especializada requerida al efecto.
- Todas las resoluciones que versen sobre la audiencia de las personas menores deben estar suficientemente motivadas por la autoridad judicial y deben ser notificadas a la persona que ha sido escuchada, tanto las relativas a la admisión o denegación de la práctica de la misma como la resolución que valore cómo han sido tomadas en cuenta sus manifestaciones. Todo ello implica, además de que se efectúe en un lenguaje comprensible, que se justifique cómo han sido valoradas sus manifestaciones y qué ha conducido a la autoridad judicial a la decisión tomada. Esta exigencia pasa por el diseño y establecimiento por parte del legislador de un sistema especial de notificación y recursos, y desde el prisma, reitero, de la búsqueda de la ya invocada *child-friendly justice*.
- Lo anterior exige que el NNA pueda contar con asistencia letrada especializada en el ámbito de los derechos de las personas menores, lo que requiere asimismo que el legislador prevea este extremo y esta necesidad se integre en la normativa procesal. Es

más, no sólo en el momento de la notificación de la resolución que le afecte, sino, a mi entender, desde una fase muy pronta, desde el momento en que una persona menor pueda resultar afectada en un proceso de familia por una resolución que se pronuncie sobre aspectos que le afectan. Ya en este momento el ordenamiento debería prever la notificación personal (o la llamada al proceso por otros medios) del procedimiento entablado, así como la información sobre los derechos que le asisten en un lenguaje particularmente adaptado a su edad y a sus circunstancias personales. La especialidad de la materia apunta a que esta información comprensible deba ser facilitada por profesionales expertos.

- En este orden de cosas, y al deber reconocerse el derecho de las personas menores a participar en el proceso contando con asistencia letrada especializada, es perentorio que se integre en el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita el derecho de las personas menores a ser asistidas en los procesos judiciales de familia que les conciernan y cuyas decisiones les pueden afectar. Así, la persona menor debe poder designar un profesional de su elección, o bien debe poder contar con una designa de abogado/a de oficio de forma directa y gratuita, más allá de los casos que ahora se prevén relacionados con situaciones de violencia.

Todas estas conclusiones alcanzadas, algunas de ellas de lege ferenda, sólo pueden ser posibles con la especialización de los juzgados y tribunales que deben conocer sobre asuntos de familia en los que se afecte a personas menores. También será necesario que el legislador abogue por el diseño y reformulación de un sistema judicial que no ha sido diseñado para promover la participación de los NNA en los procesos que les afecten, ya sea en su esfera personal o patrimonial; sistema que, a la vez, debe ser capaz de velar por su bienestar y garantizar la protección de sus derechos. Todo ello, también debe ir acompañado de una concienciación social distinta, que no tienda a alejar al NNA afectado del proceso, sino que tome conciencia de que las personas menores también cuentan con sus propias opiniones y que, si las circunstancias lo aconsejan, deben poder ser escuchadas si así lo desean. Esta concienciación social distinta y que opera y trasciende a cualquier ámbito exige el respeto de los derechos de la infancia y la educación y promoción de los mismos. Sólo así podrá construirse un sistema que garantice sus derechos de forma eficaz.

5. Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019.

ABEL LLUCH, Xavier «Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2.4º, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley*, nº9533, 2019.

ÁLVAREZ RAMOS, Fernando y CATALÁN FRÍAS, M. José, «La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad» en ABEL LLUCH, Xavier (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 131-134.

BANACLOCHE PALAO, Julio (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp.251.

CASO SEÑAL, Mercè, «El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria», en AAVV, *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, SCAF, 2016, pp. 39 ss.

CASO SEÑAL, Mercè/ ATARES GARCÍA, Eva, «Naturaleza jurídica» en ABEL LLUCH (Coords.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp. 27-30.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ) *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, CGPJ, 2020.

CONTRERAS ROJAS, Cristian, «La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia un reconocimiento amplio y efectivo», *La Ley Derecho de familia*, nº13, 2017.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017, pp.345-369.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014.

DÍEZ RIAZA, Sara «El derecho del menor a ser oído en el proceso» en MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, 2016, pp.561-577.

GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*, Atelier Llibres Jurídics, 2019, pp.185-186

GONZÁLEZ PILLADO, Esther/ GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant monografías 321, 2004, pp. 226-228.

GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos / CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Dirección General de Acción Social del Menor y de la Familia, 2000, pp. 110-111.

LANSDOWN, Gerison, *The evolving capacities of the child*, Unicef, 2005.

MARTINEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara; MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo, et al. (Coords.), *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Consejo General del Poder Judicial, 2020

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (coord.) / PICÓ I JUNOY, Joan (dir.)/ ABEL LLUCH, Xavier (Dir.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch editor, 2018.

PÉREZ AGUILERA, Luis Miguel «La intervención de los menores en los procesos civiles y la defensa de sus intereses» en BANACLOCHE PALAO, Julio (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi 2020, pp.251

POSADA FERNÁNDEZ, M. Teresa, «El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten» en SOLÉ RESINA, Judith /ALMADA MOZETIC, Vinicius (Coords.), *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, 2018, pp. 208-213.

SAVE THE CHILDREN, *Infancia y justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España*, Save The Children, 2012