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

Jacas Rodríguez, Sara; Ruiz de la Fuente, Consuelo, dir. El derecho del menor a ser oído en los procedimientos de divorcio. 2025. (Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/319283>

under the terms of the  license

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO

Sara Jacas Rodríguez

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Tutora: Maria Consuelo Ruiz De la Fuente

Curso 2024-2025

13 de mayo de 2025

RESUMEN

Los menores de edad tienen derecho a ser escuchados en todos aquellos procedimientos judiciales que les afecte, especialmente en los casos donde se debate sobre su guarda y custodia, por la separación o divorcio de sus progenitores. A través de un estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal, se examina la evolución histórica de este derecho, su regulación en el ordenamiento jurídico español y su reconocimiento en tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño. Al valorar si en la práctica se garantiza de manera efectiva dicho derecho, analizando sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se llega a la conclusión de que en la actualidad aún persisten deficiencias que comprometen su ejercicio real.

Finalmente, se proponen medidas para mejorar la protección del menor dentro de este ámbito, como la creación de protocolos judiciales, el refuerzo de la especialización de los órganos de familia y una mayor adaptación del proceso a las necesidades del menor, asegurando que su participación sea efectiva y respetuosa con su interés superior.

Palabras clave: menores, divorcio, derecho a ser oído, guarda y custodia, interés superior

ABSTRACT

Minors have the right to be heard in all legal proceedings that affect them, especially in cases where there is a debate about their custody and guardianship, due to the separation or divorce of their parents. Through a normative, jurisprudential and doctrinal study, it examines the historical evolution of this right, its regulation in the Spanish legal system and its recognition in international treaties, such as the Convention on the Rights of the Child. By assessing whether this right is effectively guaranteed in practice, analysing rulings of the Constitutional Court and the Supreme Court, it concludes that at present there are still deficiencies that compromise its real exercise.

Finally, measures are proposed to improve the protection of minors in this area, such as the creation of judicial protocols, the reinforcement of the specialisation of family bodies and a greater adaptation of the process to the needs of minors, ensuring that their participation is effective and respectful of their best interests.

Key words: minors, divorce, right to be heard, custody, best interests

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CC: Código Civil

CCCAT: Código Civil de Cataluña

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CE: Constitución Española

CNDH: Comisión Nacional de los Derechos Humanos

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

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LJV: Ley de la Jurisdicción Voluntaria

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

ONU: Organización de las Naciones Unidas

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

ÍNDICE

1. Introducción.....	5
2. Marco Teórico y Normativo	5
2.1. La figura del menor como testigo en el ordenamiento jurídico español.....	6
2.1.1. Contexto histórico y evolución legislativa	6
2.1.2. Convención sobre los Derechos del Niño y su influencia en el derecho nacional	7
2.2. Tratamiento de menores en procesos judiciales	8
2.2.1. Interés superior del menor	8
2.2.2. Derecho a ser oído.....	10
2.3. Análisis normativo en procesos de familia	11
2.3.1. Código Civil.....	11
2.3.2. Ley de Enjuiciamiento Civil	12
2.3.3. Modificaciones recientes: Ley Orgánica 5/2024	13
2.3.4 Marco autonómico catalán.....	14
2.4 Jurisdicción voluntaria	15
2.5 Procesos penales: prueba preconstituida y principio de inmediación	16
3. El menor en los procesos de divorcio	18
3.1. Adaptación de la información y el entorno al menor	18
3.2 Valoración de la opinión del menor	19
3.3 Problemáticas en la práctica.....	21
3.4. Análisis de sentencias clave	22
4. Análisis Crítico y Propuestas de Mejora	23
4.1. Evaluación del marco legal actual	23
4.2. Propuestas para garantizar una mejor protección al menor	24
5. Conclusiones	25
6. Bibliografía	27

1. Introducción

La participación de los hijos menores en un procedimiento judicial de divorcio, en aspectos que afectan a su esfera personal, ha ido evolucionando con el tiempo. Tradicionalmente eran considerados como sujetos pasivos, que debían simplemente aceptar y respetar aquello que sus padres decidieran por ellos, sin tener en cuenta sus opiniones.

En la actualidad, sigue existiendo una doctrina que no es unánime respecto al tema. Por un lado, desde una perspectiva más clásica, se entiende que deben mantenerse alejados del proceso a los menores, y que la responsabilidad de tomar decisiones sobre dichos menores debe recaer únicamente en los padres. Por otro lado, hay una perspectiva más revolucionaria, que sostiene la inclusión de los hijos menores en el proceso judicial, como sujetos de derechos, y miembros de la familia que se ven afectados por los conflictos.

El ordenamiento jurídico español, no obstante, sí se ha ido transformando y adaptando a la realidad social actual, yendo acorde también con la normativa internacional. Ha introducido normas que reconocen que efectivamente el menor debe ser tenido en cuenta en aquellos procedimientos que le afecten, atendiendo principalmente a su interés superior.

El objetivo principal del presente trabajo es estudiar la figura del menor de edad como testigo en los procedimientos judiciales, concretamente de divorcios. Para ello, se estudia la evolución de la concepción del menor en el marco del Derecho de Familia, se realiza un análisis del marco legal vigente, su tratamiento jurisprudencial, y su aplicación práctica, con la finalidad de conocer si se les escucha de manera real y efectiva en la actualidad. Asimismo, se pretende proponer una reflexión crítica sobre los defectos, junto con medidas orientadas a mejorar la protección de los menores en este ámbito.

La metodología empleada se basa en realizar una revisión de fuentes normativas nacionales e internacionales, jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal de Derechos Humanos, así como en examinar artículos doctrinales.

2. Marco Teórico y Normativo

2.1. La figura del menor como testigo en el ordenamiento jurídico español

2.1.1. Contexto histórico y evolución legislativa

Las sociedades antiguas no reconocían a la infancia derecho alguno, los menores eran considerados sujetos pasivos incapaces de declarar en un procedimiento judicial, debido a su falta de juicio y discernimiento. Aquello que afectaba a los hijos, en los procedimientos de familia, se contemplaba desde una perspectiva de sometimiento a sus mayores, sin que los pequeños pudieran expresar su opinión (Vidal, 2002).

El primer paso en la protección del menor se dio con la Declaración de Ginebra, de 24 de septiembre de 1924, que reconoce, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños, y la responsabilidad de los adultos hacia ellos (Vidal, 2002). El texto se centra en el bienestar del niño y su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y protección.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, da derecho a los niños a “cuidados y asistencia especiales”, así como también a “protección social” (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF], s.f.).

La Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, pretende proteger al niño de una manera especial, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y seguridad (Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH], 1959). Reconoce, entre otros, el derecho del niño a la educación, el juego, la atención de la salud, y a un entorno que lo apoye (UNICEF, s.f.). Además, hace énfasis en la protección de la personalidad del menor, encuadrándola en la importancia del hogar y la familia (Vidal, 2002).

El 20 de noviembre de 1989 se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que garantiza y establece unas normas mínimas para proteger los derechos de los niños en todas las circunstancias (UNICEF, s.f.).

Respecto a la legislación de ámbito estatal, cabe destacar que la Constitución Española menciona reiteradamente la figura del menor de edad y su protección, por ejemplo, en sus artículos 20, 27 y 39. Concretamente, el artículo 39 CE establece como principio rector de la política social y económica que los poderes públicos aseguren la protección integral

de los hijos. Añade también, en su apartado 4, que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

2.1.2. Convención sobre los Derechos del Niño y su influencia en el derecho nacional

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN o la Convención) es un tratado internacional que recoge los derechos humanos de los niños y niñas, definidos como personas menores de 18 años, y que los reconoce como “agentes sociales y titulares activos de sus propios derechos” (UNICEF, s.f.). Es un instrumento jurídicamente vinculante para todos aquellos gobiernos que la han ratificado, donde está incluida España.

Antes de la aprobación de la Convención se concebía a los infantes como personas que carecían de madurez e incapaces de tomar decisiones, como se ha explicado anteriormente. No obstante, esta situación cambia con la CDN, que no solo reconoce el derecho a la protección de los niños y niñas, dada su condición de especial vulnerabilidad, sino que además establece el derecho que tienen a ser oídos respecto a aquellas cuestiones que les afecte, considerándolos, por tanto, sujetos de derechos, no solo objetos de protección (Amnistía Internacional, s.f.).

Destacan cuatro principios/derechos que recoge la Convención con el objetivo de proteger y promover los derechos de los menores, que han influenciado la legislación española. En primer lugar, el interés superior del menor (artículo 3), la CDN establece que todas las decisiones que afecten a los menores deben tener como consideración primordial su interés superior, con tal de asegurar su bienestar. En segundo lugar, el derecho a ser oído (artículo 12), donde se recoge que el menor tiene derecho a expresar su opinión libremente, y que esta se tendrá en cuenta según su edad y madurez. Además, este artículo también dice que debe darse la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. En tercer lugar, la no discriminación (artículo 2), es decir, que todos los derechos del menor deben ser garantizados sin ninguna distinción (independientemente del color, raza, sexo, religión, idioma, etc.). Y finalmente, el derecho a la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6), el Estado debe garantizar el desarrollo físico, mental, emocional y social de los menores.

La ratificación por parte de España de la Convención, el 30 de noviembre de 1990, conllevó una serie de modificaciones en el derecho español, especialmente respecto a la protección de los menores en el ámbito familiar y judicial. Entre las diversas leyes nacionales dictadas en adaptación a los criterios de la CDN, destaca la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de 1996, que reformó las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil (Madrigal, 2017), y reconoció el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en todos aquellos procesos administrativos o judiciales que les afectaran (Amnistía Internacional, s.f.). Se aprobó también la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPIA), y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA), que modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil, con tal de reforzar la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos e intereses de los menores, introduciendo mejoras en los procedimientos que ya existían (Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, 2015). La nueva legislación introducía criterios para identificar el interés superior del menor, así como el derecho de los menores a ser escuchados en los procesos que le afectaran, y la obligación de valorar el impacto de los proyectos normativos en la infancia y adolescencia (Amnistía Internacional, s.f.).

2.2. Tratamiento de menores en procesos judiciales

2.2.1. Interés superior del menor

El interés superior del menor es un principio que asegura que los derechos y el bienestar de los niños sean considerados y protegidos antes de tomar cualquier decisión que afecte a sus vidas y sus intereses. Sus intereses siempre deben tener prioridad sobre cualquier otro interés legítimo que pueda surgir. Este principio tiene como objetivo garantizar el bienestar y proteger el desarrollo integral de los niños y niñas, así como buscar soluciones equitativas para aquellos que no han alcanzado la mayoría de edad, ya que no pueden defenderse en igualdad de condiciones (Santos, 2018).

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, concibe el interés superior del menor como el derecho de todo niño a que sus intereses sean considerados como primordiales en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Es decir, que el menor tiene derecho a que sus intereses se evalúen y ponderen en cualquier medida que le afecte, aunque haya

otros intereses en juego. Y en el caso de que haya ambigüedad legal, debe optarse por la interpretación que más favorezca sus intereses. De hecho, el artículo 11.2 a) de esta misma ley establece que un principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores debe ser la supremacía de su interés superior.

La Ley fija además una serie de criterios para determinar lo que mejor conviene al menor, que las autoridades deben considerar; las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas; los deseos y sentimientos del menor, así como el derecho a participar en la determinación de su interés superior (según su edad, madurez y desarrollo personal); el entorno, evaluando que sea adecuado, seguro y libre de violencia; la identidad cultural y religiosa, asegurando que esta no sea objeto de discriminación y que pueda desarrollarse de manera autónoma.

Los criterios anteriores se aplicaran teniendo en cuenta las siguientes variables (artículo 2.3 de la LOPJM); la edad y madurez del menor, lo cual influye en su capacidad para comprender y expresar sus necesidades; la igualdad y la no discriminación, debido a su especial vulnerabilidad; la estabilidad, ya que debe proporcionarse al menor un ambiente estable para que este se integre adecuadamente en la sociedad; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

Respecto a las garantías procesales, la LOPJM (artículo 2.5) establece que: el menor tiene derecho a ser informado y escuchado, el Ministerio Fiscal debe intervenir en el proceso en defensa de los intereses de los menores, junto con profesionales con la formación adecuada para determinar las necesidades específicas de los menores, y todas las decisiones judiciales deben estar debidamente motivadas y justificadas.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo ha reforzado el alcance del principio del interés superior del menor regulado en la LOPJM. En la STS 251/2018, de 25 de abril de 2018¹, el tribunal entiende que “el interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello

¹ Sentencia del Tribunal Supremo 251/2018, de 25 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1480).

suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.”.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la necesidad de que los poderes públicos cumplan con el mandato que se les exige en el artículo 39 CE, y que atiendan de manera preferente la situación del menor de edad, aunque deban sacrificar los legítimos intereses de terceros o flexibilizar la rigidez de algunas normas procesales (STC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020²). Subraya que, “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (STC 64/2019, de 9 de mayo³).

Finalmente, debe destacarse también la reciente STC 2/2024, de 15 de enero⁴, que remarca una de las exigencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, el deber de que la correspondiente resolución judicial contenga una motivación reforzada.

2.2.2. Derecho a ser oído

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, regula el derecho de los menores a ser oídos y escuchados, tanto directamente como por medio de representantes, en todos los procedimientos judiciales o administrativos que les afecte, ya sea de su esfera personal, familiar o social.

El derecho de audiencia del menor está ligado a dos parámetros, que determinaran la necesidad de darle audiencia o no, y de tener en cuenta su opinión: la edad y la suficiente madurez. Respecto a la suficiente madurez, el artículo 9.2 LOPJM especifica que esta deberá ser valorada por personal especializado, “teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a

² Sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre (ECLI: ES:TC:2020:178).

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:64).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2024, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2024:2): “una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales»”.

tratar en cada caso”. Respecto a la edad, se establece un criterio objetivo de presunción general de madurez cuando se cumplan los doce años. No obstante, las Observaciones del Comité de los Derechos del niño de la ONU recomiendan no establecer parámetros objetivos para el ejercicio de este derecho, sino atender en cada caso la madurez del menor (Barber, 2019). Nuestro derecho, sin embargo, posibilita atender a la madurez personal de cada menor si está por debajo de doce años, y la presume a partir del cumplimiento de dicha edad (a partir de los doce el menor siempre deberá ser escuchado).

El juez debe oír al menor antes de decidir, solo en casos excepcionales y debidamente justificados puede no hacerlo (Barber, 2019). Por tanto, excluir la audiencia del menor por falta de madurez solo se dará en edades muy tempranas. Aunque la opinión del menor no vincula al juez, sí ha de asegurarse de que esa opinión sea objeto de especial ponderación (Monje, 2017).

El Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada que la falta de audiencia de los menores cuando tengan juicio propio, discernimiento suficiente, constituye una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (Barber, 2019). Es una norma de orden público, indisponible por las partes, y su cumplimiento compete a los poderes públicos (STC 64/2019, de 9 de mayo: “este derecho forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, declarando que el derecho a ser oído es un derecho del menor que no puede ser renunciado por las partes (STS 157/2017, 7 de marzo 2017⁵: “esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente le afectan”).

2.3. Análisis normativo en procesos de familia

2.3.1. Código Civil

El Código Civil español constituye una de las principales fuentes normativas en procesos de familia, incluyendo la intervención de menores en dichos procedimientos.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 157/2017, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:851).

Concretamente, los artículos 92, 154 y 159 regulan los supuestos en que debe oírse a los menores, dentro de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

El artículo 92.2 CC establece que el juez debe “velar por el cumplimiento” del derecho de los menores a ser oídos en los procedimientos de custodia, cuidado y educación. Añadiendo también que ha de motivar en la resolución el interés superior del menor sobre esa cuestión. El sexto apartado de este mismo artículo especifica que serán los menores con suficiente juicio los que, en todo caso, deberán ser oídos por el juez, antes de decidir sobre su guarda y custodia, a petición del Fiscal, partes (o el propio menor), miembros del equipo técnico judicial, o si se estima necesario de oficio. Cabe destacar, que el artículo 159 CC (para cuando los padres viven separados), además de utilizar el término “suficiente juicio”, resalta que, en todo caso, deberá oírse a los menores mayores de 12 años.

Respecto a la patria potestad⁶, el artículo 154 CC sostiene que debe oírse a los hijos o hijas que tengan “suficiente madurez”, garantizando que puedan ser oídos “en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias”, y con la ayuda de especialistas si es necesario. Las decisiones que se adopten en el ejercicio de la patria potestad deben redundar siempre en el interés de los hijos, considerando su personalidad, sus derechos y su integridad física y mental.

2.3.2. Ley de Enjuiciamiento Civil

Existe una aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, que surge por una diferencia sutil entre ambas normativas respecto a la obligación de escuchar a los menores en procedimientos de familia, concretamente de separación, divorcio o nulidad matrimonial, en cuanto a su guarda y custodia.

El Código civil (artículo 92) señala que el juez debe oír a los menores con suficiente juicio “cuando lo considere necesario” de oficio o a petición del fiscal, las partes, el equipo

⁶ El artículo 92 CC contempla la posibilidad de que se acuerde la privación de la patria potestad en la sentencia de separación matrimonial, divorcio o nulidad. De hecho, los propios padres (e incluso el Juez) pueden pedir que esta se ejerza total o parcialmente por el cónyuge del progenitor separado o divorciado.

técnico o el propio menor. Es decir, que se establece como una medida discrecional, no de obligatoriedad absoluta, sino cuando el juez lo estime necesario.

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 770, dispone que deberá oírse a los menores con suficiente juicio y, “en todo caso”, a los mayores de 12 años, en aquellos procedimientos contenciosos que les afecte. En este caso, se establece una obligación de oír a los mayores de 12 años, sin que dependa de la discrecionalidad del juez.

En la STS 648/2020 de 30 de noviembre⁷, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se pronuncia sobre esta cuestión, reiterando, como ya indicó en la STS 413/2014 de 20 de octubre⁸, 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 este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005⁹.

Cabe destacar que el artículo 777.5 LEC tiene una redacción más similar a la del Código Civil, ya que amplía las facultades del juez para oír o no al menor¹⁰.

2.3.3. Modificaciones recientes: Ley Orgánica 5/2024

La Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho a la Defensa, ha introducido modificaciones en la legislación española con el objetivo de reforzar la protección de los menores en los procesos judiciales en los que estén implicados, entre otros. Se alinea con la normativa internacional, en este caso la Convención sobre los derechos del niño, y garantiza el cumplimiento del interés superior del menor como principio rector de todas las actuaciones que le afectan.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 648/2020, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4032).

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 413/2014, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4233).

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio (ECLI:ES:TC:2005:152).

¹⁰ El artículo 777.5 LEC, relativo a la separación o divorcio de mutuo acuerdo, establece que: “si hubiera hijos menores (...) serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo.”

En primer lugar, el artículo 6 de la Ley Orgánica, relativo al derecho de información, dispone que cuando se trate de menores de edad, los mecanismos deben adaptarse “para que la información sea adecuada a su edad, madurez e idioma”.

En segundo lugar, en su artículo 7, refuerza el derecho a que los menores sean oídos, en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que les afecte, siguiendo las garantías de la LOPJM (artículo 9).

En el mismo sentido, el artículo 9 de esta misma ley establece que “el lenguaje debe adaptarse específicamente para menores de edad cuando sean destinatarios de actos, comunicaciones o resoluciones (...), aunque cuenten con asistencia letrada y representación de sus progenitores”.

2.3.4 Marco autonómico catalán

En el ámbito del derecho civil propio de Cataluña es necesario destacar la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA). La cual consagra como principio rector el interés superior del niño o adolescente, que debe ser “principio inspirador y fundamentador de las actuaciones públicas, (...) y de todas las decisiones y actuaciones que le conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los progenitores, por los titulares de la tutela o de la guarda, por las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerle y asistirle o por la autoridad judicial o administrativa” (artículo 5). Cabe destacar que esta protección de los niños por parte de los poderes públicos también está prevista en el artículo 40.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El artículo 7 de la LDOIA establece que los niños y adolescentes deben ser escuchados de acuerdo con “sus capacidades evolutivas y competencias alcanzadas”, y en todo caso a partir de los doce años, “tanto en el ámbito familiar, escolar y social como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren directamente implicados y que conduzcan a una decisión que afecte a su entorno personal, familiar, social o patrimonial”.

El Código Civil de Cataluña reitera que el menor tiene derecho a ser oído. En su artículo 211-6, relativo al interés superior del menor, declara que “el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho

a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial”. El criterio subjetivo, en este caso la capacidad natural, se tiene en cuenta cuando el menor es menor de doce años. Debe valorarse si tiene “suficiente conocimiento” o “madurez emocional e intelectual suficiente”, interpretado en relación con la capacidad natural, es decir, la capacidad de querer y entender. No se exige capacidad de obrar, la cual es necesaria para celebrar negocios jurídicos con eficacia jurídica, sino que para el ejercicio del derecho a ser oído es suficiente con la capacidad natural (Navas, 2013).

En este sentido, la STSJ Cataluña, de 12 de enero de 2017¹¹, 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 (...); 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 custodia”.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, el Código Civil de Cataluña dispone que la autoridad judicial debe decidir sobre el ejercicio de esta, en caso de desacuerdo entre los progenitores, habiendo escuchado a los hijos que hayan cumplido doce años o a los que tengan suficiente juicio (artículo 236-11. 4 CCCat.)

2.4 Jurisdicción voluntaria

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que regula asuntos en los que no hay un conflicto directo entre dos partes, establece una serie de parámetros acerca de cómo debe ser la comparecencia en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, cuando el expediente afecta a los intereses de una persona menor de edad: se celebrará ante el juez o el Secretario judicial, según quien tenga competencia para conocer del expediente, y se garantizará que pueda oírse a la persona menor de edad “en condiciones

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1/2017, de 12 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2017:486).

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” (artículo 18 LJV). Del resultado de esta exploración se levantará acta, en la que quedaran reflejadas las manifestaciones del niño, niña o adolescente para la decisión del expediente.

Cabe destacar que esta ley regula, fuera del ámbito judicial, la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges que no tengan hijos menores de edad. Es decir, que cuando existan hijos menores no emancipados la separación o el divorcio deberá decretarse judicialmente.

Por tanto, en este caso, la comparecencia del menor no será en el contexto de una separación o divorcio de mutuo acuerdo, sino de otros casos donde estén afectados los intereses del menor.

2.5 Procesos penales: prueba preconstituida y principio de inmediación

En los procesos penales en los que los menores de edad son parte relevante, ya sea como testigos o víctimas, debe atenderse en todo momento a su interés superior, al mismo tiempo que se garantiza la validez del procedimiento judicial. Uno de los mecanismos que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger los derechos de los menores que participan en el proceso es la prueba preconstituida (Barrientos, 2025).

La prueba preconstituida, regulada en los artículos 448 y siguientes de la LECrim, es aquella que se practica, bajo una serie de requisitos¹², durante la fase de investigación. Es decir, en este caso, permite recoger el testimonio de los menores de manera anticipada al juicio oral. Cabe destacar que esto supone el sacrificio del principio de inmediación, ya que la prueba será practicada en la instrucción, no ante el juez que vaya a dictar sentencia.

No obstante, el artículo 730 LECrim contempla la posibilidad de que pueda reproducirse la grabación de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida en el juicio oral, a instancia de cualquiera de las partes.

¹² El artículo 449 bis LECrim fija los requisitos para la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida: que se garantice el principio de contradicción en la práctica de la declaración, que la defensa letrada esté presente, y que la declaración se documente en soporte apto para ser grabado (sonido e imagen).

Según el artículo 449 ter LECrim, en todo caso, se recogerán y grabarán como prueba preconstituida las declaraciones que deban prestar los menores de catorce años que intervengan en condición de testigos en un procedimiento judicial que tenga por objeto alguno de los delitos enunciados en el mismo artículo¹³. La exploración del menor de catorce años podrá realizarse a través de equipos psicosociales de apoyo al órgano judicial y serán adoptadas todas las garantías de accesibilidad y los apoyos necesarios.

La Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, también regula las declaraciones de los menores en el proceso penal. En concreto, su artículo 26 declara que, en el caso de las víctimas menores de edad, “se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito”.

La STS 579/2019, de 26 de noviembre¹⁴, establece una serie de parámetros para ponderar “el ejercicio adecuado del derecho de defensa del acusado” y la necesidad de preservar “la estabilidad emocional del menor y su normal desarrollo personal”, que debe protegerse ante el riesgo de verse alterado cuando se introduce al menor en un procedimiento penal. El tribunal entiende que debe depender de cada caso concreto, pero en particular, de la edad del menor, madurez y condiciones concretas de su personalidad. Y que, en el caso de optarse por la prueba preconstituida, se respete de manera escrupulosa el principio de contradicción y el derecho de defensa.

En definitiva, el TS justifica la práctica anticipada de la prueba durante la fase de instrucción “en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad”. Pero atendiendo al caso en concreto, y con el deber del Tribunal de motivar debidamente la no comparecencia del menor.

¹³ Artículo 449 ter LECrim: “delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo”.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 579/2019, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3857).

3. El menor en los procesos de divorcio

3.1. Adaptación de la información y el entorno al menor

La exploración del menor es una prueba utilizada frecuentemente en los procedimientos judiciales de divorcio, cuando entre los progenitores se discrepa sobre asuntos que afectan directamente al menor, como la guarda y custodia. Consiste en una entrevista o conversación que el menor realiza en presencia del juez y del Ministerio Fiscal, y de profesional cualificado si es necesario (artículo 9 LOPJM), sin que estén presentes sus padres ni los abogados, para garantizar la mayor privacidad posible (Torremocha, 2023). Normalmente, la entrevista se realiza en el despacho del juez días previos a la celebración del juicio (Torremocha, 2023). En definitiva, se trata de conocer cómo está viviendo el menor la situación familiar, de escucharlo y saber cuáles son sus preferencias. No obstante, no existe una regulación específica de cómo debe realizarse esta intervención, por tanto, cada juez podrá llevarla a cabo según las técnicas que considere.

Aunque, es cierto que el Comité de Derechos del Niño destaca en la Observación General 12¹⁵ algunos aspectos significativos que deberían caracterizar el proceso en el que el menor es oído.

En primer lugar, transparente e informativo, debiendo dar a los menores “información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad” (Observación General 12, 134.a), pero teniendo en cuenta que debe protegerse al menor de los detalles perjudiciales, proporcionándole solo lo que para el menor sea relevante (Barber, 2019). Debe emplearse un lenguaje ajustado a la edad y grado de madurez del menor, que le resulte comprensible, para procurar que narre de forma natural y sin interrupciones aquellos hechos o circunstancias que sean de interés para la adopción de la medida que le afecte (Arangüena, s.f.). Es importante también hacerles entender el alcance, propósito y repercusión de su participación, es decir, las consecuencias de su opinión.

¹⁵ El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas publicó en 2009 la Observación General no 12 relativa al derecho del niño a ser escuchado. Mediante este documento el Comité, órgano designado por las Naciones Unidas para interpretar el sentido de los artículos que contiene la Convención de los Derechos del Niño, marca las pautas para entender en profundidad el derecho a la participación de la infancia.

En segundo lugar, voluntario y respetuoso, informando a los niños de que pueden cesar su participación en cualquier momento, y tratando sus opiniones con respeto (Observación General 12, 134.b, c).

En tercer lugar, pertinente y adaptado a los niños. El ambiente y el método de trabajo debe adaptarse a la capacidad de los niños, para que tengan confianza y oportunidad de expresar sus opiniones. Teniendo en cuenta que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad” (Observación General 12, 34). Además, “es necesario crear espacio para permitir a los niños destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes” (Observación General 12, 134.d, e).

Y, en cuarto lugar, seguro y responsable. La expresión de opiniones por parte del menor puede conllevar riesgos, y son los adultos que trabajan con él los responsables de reducir los riesgos al mínimo, es decir, de evitar que el menor sufra violencia o alguna consecuencia negativa por participar en el proceso. Además, los niños deben saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario (Observación General 12, 134.h).

Finalmente, cabe destacar que, en un contexto de divorcio, la primera fuente de información que los menores reciben es de sus progenitores, y esta suele ser escasa y confusa, posiblemente con la intención de poner al niño a favor de quien traslada la información (Becerril, 2014). Por este motivo, es importante que los jueces, fiscales y equipos técnicos garanticen que los menores dispongan de una información veraz, completa y objetiva.

3.2 Valoración de la opinión del menor

El derecho del menor a ser oído en los procedimientos de divorcio es un principio fundamental en el derecho de familia, recogido en distintas leyes. Sin embargo, aunque es un derecho innegable, su peso real en la decisión judicial varía en función de distintos factores, como la edad del menor, madurez y contexto del procedimiento.

La voluntad del menor no vincula al juez, ya que por encima de ello siempre estará su mejor interés, que puede no coincidir con lo que quiera el menor (Martínez, 2022). Por ejemplo, si un menor rechaza a un progenitor, debe valorarse si ese rechazo tiene una causa razonable que lo justifique o no, y si no la tiene, no podrá ser entonces motivo para

que se acuerde lo que el menor diga. La opinión manifestada por el niño o niña debe estar fundamentada y libre de presiones externas.

La doctrina del Tribunal Supremo señala qué valor tiene la voluntad del menor a la hora de decidir sobre las medidas que le afectan. En la STS 519/2017, de 22 de septiembre¹⁶, el Tribunal declaró que “no es posible que una menor de doce años, por mucha madurez e inteligencia que pueda tener, decida sobre un aspecto tan importante en su vida como es el desarrollo de sus relaciones con su padre hasta el punto de excluir todo tipo de relación paterno filial sin expresar una causa razonable que así lo justifique”. Porque, tal y como dispone la STS 206/2018, de 11 de abril¹⁷: “el interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro”.

El denominado Síndrome de Alienación Parental, introducido por el psiquiatra Richard Gardner en la década de 1980, es precisamente el conjunto de síntomas que presenta un niño que rechaza a uno de sus progenitores porque ha sido manipulado por el otro progenitor o por un tercero para provocar ese rechazo, problema que sucede de manera frecuente en casos de divorcio, cuando existen disputas por la custodia del menor (Pascual, 2025). Como sucedió en la STS 519/2017, de 22 de septiembre, anteriormente mencionada, en la que el Tribunal Supremo fundamentó la custodia compartida en la manipulación psicológica ejercida por la madre para que la menor rechazara al padre.

Por tanto, es importante que en la exploración judicial del menor se detecte si la voluntad manifestada es libre o está inducida por alguno de sus progenitores. Por ejemplo, si el niño habla mal de uno de sus progenitores de forma persistente, sin justificación razonable, si muestra rechazo permanente hacia un progenitor, sin ningún tipo de afecto, etc. No obstante, debe tenerse en cuenta que estos indicadores no son pruebas definitivas de la existencia de alienación parental.

Este Síndrome no se encuentra mencionado en las leyes, no puede considerarse delito ni usarse como fundamento legal (Pascual, 2025). Pero si se diagnostica adecuadamente puede ser considerado un motivo de peso en las decisiones judiciales.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3327).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 206/2018, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1351).

El juez debe oír al menor, pero teniendo en cuenta que quizá lo que quiera no coincida con lo que sea mejor para él.

3.3 Problemáticas en la práctica

La legislación española exige que se respete siempre el interés superior del menor cuando se está discutiendo sobre su guarda y custodia, en caso de separación o divorcio. Esto se ve traducido en dos obligaciones esenciales que no siempre se cumplen en la práctica. En primer lugar, el compromiso de los tribunales, que implica la obligación de considerar a los menores en el proceso, establecida en el Código Civil. Es decir, de escucharlos y de tomar las medidas correctas para su bienestar. Y, en segundo lugar, la responsabilidad del estado, es decir, que el estado debe actuar como garante y proveer los medios necesarios para el desarrollo de una infancia plena del menor.

Actualmente, en la práctica, sigue sin respetarse el derecho del menor a ser oído. Tal es así, que el Tribunal Supremo sigue reiterando que la exploración del menor solo cabe denegarla de forma motivada por no resultar necesaria al carecer el menor de la suficiente madurez o bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés (STS 87/2022, de 2 de febrero¹⁸). Ya que, “no estamos ante un medio de prueba, sino que ha de respetarse como derecho de los menores a ser oídos en todos los procedimientos judiciales que les afectan directamente, y por ello en especial cuando se resuelve sobre su custodia” (STS 157/2017, de 7 de marzo).

En este sentido, la STS 731/2024, de 27 de mayo¹⁹, entiende que en ese caso no se oyó de forma directa e inmediata al menor, que tenía más de diez años cuando se dictó la sentencia de primera instancia y más de doce cuando se pronunció la de apelación, ni se resolvió de forma motivada sobre su falta de audiencia. Esa doble omisión no es correcta, por no ajustarse a la normativa legal ni a la doctrina jurisprudencial de aplicación. Por ese motivo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia que se recurrió con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, el tribunal de segunda instancia haga efectivo el derecho del menor a ser oído.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:356).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 731/2024, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2896).

También es cierto que, en ocasiones, los tribunales no acuerdan la audiencia del menor, a pesar de solicitarlo las partes, alegando que el Equipo Técnico Judicial ya lo ha oído para realizar el informe que se ha aportado al procedimiento (Pérez, 2016). Entienden que esta práctica es válida, ya que el artículo 9 LOPJM permite que el menor sea oído a través de su representante. Sin embargo, desde un punto de vista procesal, la práctica descrita no sería correcta, por distintos motivos; porque el principio de inmediación judicial exige que las pruebas se practiquen ante el juez que dicta sentencia (artículo 289 LEC); porque la intervención del Equipo Técnico Judicial, como especialista, está prevista para auxiliar al juez en la exploración del menor (artículo 770 LEC), no para sustituirlo; y, finalmente, porque el Equipo Técnico Judicial nunca puede ser considerado representante del menor, ya que es una función que solo la realizan sus padres, el Ministerio Fiscal o el defensor judicial (Pérez, 2016).

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional parece haber validado esta práctica, ya que en la STC 163/2009, de 29 de junio²⁰, desestima un recurso de amparo contra una sentencia que denegó la exploración del menor y el tribunal argumentó que el Órgano Judicial ya conocía la voluntad del menor al haberla realizado ante el Equipo Técnico Psicosocial (Pérez, 2016).

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la práctica de los tribunales españoles que se niegan a realizar ante el tribunal la audiencia del menor, porque ya se ha hecho a través del informe elaborado por los Equipos Técnicos Judiciales, no atiende a ninguna razón que lo justifique. En la Sentencia del TEDH, de 11 de octubre²¹, el Tribunal declaró que no hay ninguna razón que justifique que la opinión de un menor, mayor de 12 años en ese caso, no sea recogida directamente por el juez en el marco del procedimiento de divorcio.

3.4. Análisis de sentencias clave

El Tribunal Constitucional afirma en numerosas ocasiones que el derecho de los interesados a ser oídos en un proceso en el que se tratan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y que es un derecho que tienen todos, incluidos

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de junio (ECLI:ES:TC:2009:163).

²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre (asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra iglesias c. España). Demanda no 23298/12.

los menores cuando posean suficiente juicio para ello. Una de dichas ocasiones fue en la STC 71/2004, de 19 de abril²², en la que el TC dedujo sin margen de duda la condición de suficiente juicio atendiendo a la edad de la niña, que en el momento en que la Audiencia conoció el recurso de apelación era de casi diez años. El Tribunal entendió que al tratarse de un supuesto que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor (en este caso su guarda y custodia), que por su edad gozaba ya de juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, el órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación. Por tanto, el Tribunal declaró que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor, existió una “indefensión como consecuencia de la omisión de su necesaria audiencia”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional volvió a dictar sentencia sobre la misma cuestión, la STC 152/2005, 6 junio 2005²³. En este caso, se trataba de un menor de nueve años de edad, que ya gozaba de juicio suficiente cuando se resolvió el recurso de apelación. Como la decisión afectaba a su esfera personal y familiar, al discutir sobre su guarda y custodia, debió haberse hecho efectivo su derecho a ser oído. Al no ser así, se consideró vulnerado el artículo 24.1 CE, el derecho a la tutela efectiva del menor. Además, el Tribunal añadió que el derecho a ser oído debía extenderse también a su hermana pequeña, al haber alcanzado la edad necesaria para que sea tenida en cuenta su opinión.

No es necesario que el menor haya alcanzado los doce años para entender que goza de suficiente juicio para ser escuchado. Aunque sea el criterio objetivo que presume la suficiente madurez, también debe valorarse si la tiene cuando es menor de doce, más aún cuando se acerca a dicha edad, como en los casos anteriores.

4. Análisis Crítico y Propuestas de Mejora

4.1. Evaluación del marco legal actual

El derecho del menor a ser oído en procedimientos de divorcio cuando se discute sobre asuntos que le afectan, como su guarda y custodia, ha sido ampliamente reconocido tanto en la normativa estatal como en la internacional. Puede afirmarse, por tanto, que este derecho cuenta con una base legal sólida que establece su obligatoriedad. No obstante, su

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2004:71).

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio (ECLI:ES:TC:2005:152).

aplicación en la práctica presenta deficiencias, lo que provoca que en muchos casos no se lleve a cabo de forma efectiva. Existe una falta de uniformidad en la práctica judicial, lo que implica que algunos jueces no escuchen directamente a los menores, porque alegan que ya se ha recabado su opinión a través del equipo técnico o de informes psicosociales, y que otros ni siquiera lleven a cabo la exploración del menor, por no creerla necesaria. Esto es debido a la inexistencia de una regulación detallada sobre cómo debe realizarse la exploración, junto con la falta de especialización, recursos materiales y humanos para ejecutarla correctamente.

Es cierto que recientemente ha sido aprobada la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que introduce una medida muy favorable para los menores, la obligatoriedad de intentar solucionar la controversia a través de alguno de los métodos adecuados, fuera de la vía jurisdiccional, que recoge la ley, especialmente en los casos de conflictos familiares (divorcios, por ejemplo). Su artículo 5 recoge que, para que sea admisible la demanda, en el orden jurisdiccional civil, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias, como la mediación, conciliación o la opinión neutral de una persona experta independiente.

Los costes de, por ejemplo, la mediación familiar, son considerablemente inferiores a los de un proceso judicial, tanto a nivel económico como emocional. Se ofrece una mayor rapidez, adaptabilidad a las circunstancias y se minimiza el impacto en la salud mental de los menores implicados (Lourido, 2024).

Por tanto, con esta nueva regulación podrían llegar a reducirse las consecuencias negativas derivadas de un proceso judicial de divorcio, que afectan directamente a los menores, independientemente de que hayan sido escuchados o no.

4.2. Propuestas para garantizar una mejor protección al menor

El problema del derecho del menor a ser oído radica en su aplicación práctica, ya que, como se ha desarrollado anteriormente, es un derecho garantizado legalmente a nivel estatal.

En primer lugar, debería crearse un protocolo judicial que regulara cómo llevar a cabo la exploración del menor, lo cual favorecería la unificación de actuación de todos los

tribunales. Además, deberían fijarse criterios más claros sobre cuándo puede denegarse esta audiencia, y establecer que sea el juez quién deba hacerla, no a través de equipos técnicos ni informes psicosociales.

Y, en segundo lugar, deberían crearse más juzgados especializados en derecho de familia, con jueces preparados y formados para tratar con menores. Esto facilitaría el cumplimiento real del derecho de los menores, y su efectiva realización. Los jueces estarían capacitados para detectar mejor la voluntad del menor, o en su caso, una manipulación de esta por parte de algún progenitor.

En definitiva, las medidas que se requieren para garantizar una mejor protección del menor deben ir orientadas a reforzar la dimensión práctica del derecho de los menores a ser oídos, con el fin de eliminar lo que sucede en muchos casos, que la obligación de escuchar su opinión se convierte simplemente en una mera formalidad, carente de eficacia real. No es suficiente con el reconocimiento legal de la existencia del derecho, sino que debe a la vez garantizarse su ejercicio efectivo.

5. Conclusiones

En primer lugar, debe remarcarse que el menor ha pasado de ser un sujeto pasivo a ser reconocido como sujeto activo en los procedimientos que le afectan, ya no es simplemente un destinatario de las decisiones que adoptan los adultos, sino que debe ser escuchado. Atender a sus opiniones, valorar sus manifestaciones en cada contexto, y garantizar una participación adecuada a su edad y madurez son elementos esenciales que el ordenamiento jurídico español debe cumplir, si quiere seguir los criterios que establece la normativa internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, se afirma que el interés superior del menor debe ser el principio prioritario a tener en cuenta cuando se resuelva sobre aspectos que le afecten. Es decir, que sus intereses se consideran primordiales frente a otros que pueda haber en juego, así que se han de evaluar y ponderar de una manera adecuada, y siempre de forma motivada, atendiendo a su bienestar emocional y psicológico.

En tercer lugar, destacar que son dos los parámetros que determinaran si se oye o no al menor, la edad y la madurez. Si existe o no discernimiento suficiente dependerá de la valoración del juez y de cada caso concreto. Ahora bien, el factor de la edad es un criterio

objetivo, con lo cual, si el menor supera la edad que establece la normativa, los doce años, siempre deberá ser oído. El motivo de lo anterior es que se presume la madurez suficiente a partir de dicha edad. No obstante, teniendo en cuenta la jurisprudencia analizada en el trabajo, puede decirse que aún existen muchos casos actuales en los que el criterio objetivo de la edad se utiliza en perjuicio del menor, ya que no entra a considerarse el posible juicio suficiente si no se tienen los doce años. El juez goza de un margen de apreciación y discrecionalidad para oír o no a aquellos que aún no han alcanzado los doce años, pero esto no implica que dichos menores no deban considerarse, como sucede en la actualidad, en la que se aplica el criterio de la edad de manera automática. El ordenamiento jurídico exige que exista una motivación adecuada para justificar cuando no se ha escuchado a un menor implicado en un procedimiento de divorcio.

En cuarto lugar, dejar claro que la voluntad del menor no vincula al juez, el cual valorará cuál es el mejor interés del niño, niña o adolescente, que puede coincidir o no con lo que quiera el menor. Sin embargo, debe insistirse en el hecho de que, aunque la opinión no vincule al juez, existe la obligación de tomarla igualmente en consideración.

En quinto lugar, advertir que el derecho del menor a ser oído, pese a estar expresamente reconocido en distintas normas del ordenamiento jurídico español, junto con su obligatoriedad, no está regulado en su plenitud, ya que falta establecer cómo debe hacerse. No existe una regulación detallada sobre la exploración del menor, lo que provoca que en la práctica no se respete dicho derecho.

En sexto lugar, resaltar que, a pesar de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a lo largo de los últimos años, la obligación de garantizar el derecho del menor a ser oído en los procesos judiciales de divorcio en los que se discute sobre su guarda y custodia, sigue sin cumplirse de manera efectiva en la actualidad. Prueba de ello es la existencia de sentencias recientes, mencionadas anteriormente, en las que el TC y el TS continúan declarando la vulneración del derecho del menor a ser oído, y la obligación de darle audiencia en el proceso.

Finalmente, concluir que, aunque la figura del menor como testigo que debe ser escuchado en todos aquellos procedimientos que le afecte, en este caso cuando se discute sobre su guarda y custodia en un divorcio, ha ido evolucionando positivamente a lo largo de los años, aún persisten deficiencias en la actualidad que impiden que el derecho del

menor a ser oído se ejercite de manera real. Ampliar la regulación y establecer con más detalle cómo llevar a cabo la audiencia del menor podría llegar a ser una solución efectiva a este problema.

6. Bibliografía

LEGISLACIÓN

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm.158, de 3 de julio de 2015).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10213>

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE núm. 3, de 3 de enero de 2025).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2025-76>

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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13087>

Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2024).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2024-23630>

Naciones Unidas (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*.

https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Declaracion_DN.pdf

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril de 2004

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2004-9234

Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio de 2005

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2005-11739

Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de junio de 2009

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-12526

Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo de 2019

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8645>

Sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre de 2020

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-1110

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2024, de 15 de enero de 2024

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-3268

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre

[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22case%20iglesias%20v.%20spain%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22case%20iglesias%20v.%20spain%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1/2017, de 12 de enero de 2017

<https://www.poderjudicial.es/search/TSJ/09/>

Sentencia del Tribunal Supremo 157/2017, de 7 de marzo de 2017

<https://vlex.es/vid/672187541>

Sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, de 22 de septiembre de 2017

<https://vlex.es/vid/694392777>

Sentencia del Tribunal Supremo 251/2018, de 25 de abril de 2018

<https://vlex.es/vid/716802937>

Sentencia del Tribunal Supremo 206/2018, de 11 de abril de 2018

<https://vlex.es/vid/714224065>

Sentencia del Tribunal Supremo 579/2019, de 26 de noviembre de 2019

<https://vlex.es/vid/829384445>

Sentencia del Tribunal Supremo 648/2020, de 30 de noviembre de 2020

<https://vlex.es/vid/852920526>

Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022, de 2 de febrero de 2022

<https://www.poderjudicial.es/search/>

Sentencia del Tribunal Supremo 731/2024, de 27 de mayo de 2024

<https://www.poderjudicial.es/search/>

DOCTRINA (artículos y libros académicos)

Arangüena, C. (s.f.). *La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales*.

<https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp1ara.pdf>

Barber, R. (2019). *El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta*. Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR), (17), 5–21.

<https://doi.org/10.18172/redur.4492>

Barrientos, J. (2025). *Prueba preconstituida y anticipada en el juicio oral*. Vlex.

<https://justis.vlex.com/vid/391382398>

Becerril, S. (2014). *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Defensor del Pueblo.

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

Lourido, S. (2024). “La mediación familiar en casos de separación o divorcio con hijos/as menores”. En *Justicia de familia ante una nueva realidad tecnológica: estudio comparado entre España y Portugal*. Editorial Dykinson, págs. 143-154.

Madrigal, C. (2017). *La CDN y el interés superior del niño. derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación*. Ministerio Fiscal.

<https://www.fiscal.es/documents/20142/100049/Ponencia++Madrigal+Martínez-Pereda%2CConsuelo.pdf/80c23c0f-cebc-ef09-cd8a-9a264dafc56a>

Martínez, J. (2022). *La opinión del menor, ¿vincula al juez? Doctrina del Tribunal Supremo*. Superbia Jurídico.

<https://superbiajuridico.es/texts/la-opinion-del-menor-vincula-al-juez-doctrina-del-tribunal-supremo/>

Monje, M. (2024). *II El derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado*. Vlex.

<https://justis.vlex.com/vid/672271517>

Navas, S. (2013). “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”. En *Qüestions actuals del dret català de la persona i de família*. Editorial Documenta Universitaria, págs. 272 a 284.

Ortega, G. (2022). *La audiencia de los niños, niñas y adolescentes: Configuración jurídica y problemática procesal en los procedimientos judiciales de familia*. InDret.

<https://indret.com/wp-content/uploads/2022/07/1711.pdf>

Pascual, B. (2025). *El síndrome de alienación parental: ¿Por qué el gobierno prohibirá su reconocimiento en la ley de la infancia?* La Razón.

https://www.larazon.es/familia/sindrome-alienacion-parental-que-gobierno-prohibira-reconocimiento-ley-infancia_20250104677890ea4f1fb700017e46a2.html

Pérez, V. (2016). *¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia?* Diario La Ley, (8861), Sección Práctica Forense. Editorial Wolters Kluwer.

Santos, M. (2018). *El interés del menor. criterios de determinación y aplicación en casos concretos.* Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 38, págs. 211-245.

<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/rjuam2018.38.008/12436>

Torremocha, C. (2023). *La prueba de la exploración del menor en los procesos de familia.*

<https://carlinatorremocha.com/blog/exploracion-menor/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20la%20exploraci%C3%B3n%20del,para%20garantizar%20una%20mayor%20privacidad.>

Vidal, M. (2002). *La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud.* Derecho y salud, 10 (2), págs. 219-230. Dialnet.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=279733>

OTRAS FUENTES

Amnistía Internacional (s.f.). *30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN).

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/30-anos-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>

UNICEF España (s.f.). *Convención sobre los Derechos del Niño.*
<https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>

UNICEF España (s.f.). *Historia de los derechos del niño.*

<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>