

Estudio sobre

LA ESCUCHA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Revisión judicial de medidas de
protección y procesos de familia





Estudio sobre

**La escucha y el interés
superior del menor**

Revisión judicial de medidas de
protección y procesos de familia

Madrid, mayo 2014

Se permite la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación,
siempre que se cite la fuente. En ningún caso será con fines lucrativos.

© Defensor del Pueblo
Eduardo Dato, 31 – 28010 Madrid
www.defensordelpueblo.es

Depósito Legal: M-14168-2014
ISSN: 2254-3910

Impresión: Editorial MIC

PRESENTACIÓN

Existen claras diferencias entre «percibir con el oído los sonidos» y «prestar atención a lo que se oye». Esto último, aplicado a los menores en los momentos en que se dilucida su situación personal y familiar ante la justicia, es el objetivo del trabajo que el Defensor del Pueblo presenta.

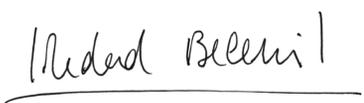
La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989 por Naciones Unidas, establece que la opinión de los menores sea tenida en cuenta en los procesos administrativos y jurídicos. Hay distintas maneras de «escuchar al menor». También hay diversas maneras de evitar, o al contrario, de provocar más dolor y desconcierto en los menores llamados a comparecer ante la justicia.

Los jueces que se ocupan de asuntos de familia y, en muchos casos, de menores, tienen ante sí la posibilidad de aliviar la angustia de este o de ahondar en su desorientación e incluso en su rechazo hacia el entorno. Parece algo solemne afirmar que tienen el futuro del menor entre sus manos, pero sí tienen, al menos, capacidad para influir en su futuro.

La institución de la familia ha evolucionado de forma muy rápida en las últimas décadas en los países occidentales. Las estrechas relaciones entre los miembros de una familia pueden ser hoy menos duraderas y estar sujetas a muchas más circunstancias variables externas que hace unos decenios. Por una parte, se puede afirmar que estos países hacen mayor hincapié en los derechos de los menores y que los estados se preocupan más de hacerlos realidad. Sin embargo, los menores, a los que el derecho ampara y a los que el Estado debe proteger por ley, están sujetos, en muchas ocasiones, a entornos inestables en las relaciones personales e inciertas en sus aspectos económicos. La seguridad y estabilidad de hoy puede no existir mañana.

El presente trabajo, consecuencia de quejas y circunstancias expuestas ante el Defensor, espera ser de utilidad para contribuir a mejor defender los derechos de los menores.

Madrid, mayo de 2014



Soledad Becerril
DEFENSORA DEL PUEBLO

Sumario

Presentación	9
1. Objeto del estudio y metodología	9
1.1. La Convención de Derechos del Niño como un nuevo enfoque sobre la minoría de edad.....	9
1.2. Delimitación del objeto del estudio	11
1.3. Metodología.....	11
2. Derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta	13
2.1. El artículo 12 de la Convención.....	13
2.2. Notas caracterizadoras del derecho del niño a ser escuchado.....	15
2.3. El itinerario de la escucha	16
3. Derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial	21
3.1. El interés superior del niño	21
3.2. Garantías procedimentales	23
4. Oposición a medidas de protección de menores	25
4.1. Medidas administrativas de protección a menores	25
4.2. La superior vigilancia del Ministerio Fiscal	28
4.3. Del procedimiento administrativo al proceso judicial.....	29
4.4. El rol del niño en el proceso de oposición	31
5. Decisiones sobre los niños en crisis familiares	35
5.1. Procesos de familia cuando hay niños	35
5.2. El rol del niño en estos procesos.....	38
6. Conclusiones	43
7. Recomendaciones.....	47
7.1. Recomendaciones a la Secretaría de Estado de Justicia	47
7.2. Recomendaciones a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad	48
ANEXOS.....	49
Anexo I: Lista abierta de cuestiones a considerar en las jornadas preparatorias de este estudio.	49
Anexo II: Participantes en las jornadas de trabajo preparatorias del estudio	53

1.OBJETO DEL ESTUDIO Y METODOLOGÍA

1.1. La Convención de Derechos del Niño como un nuevo enfoque sobre la minoría de edad

La preocupación por la infancia aparece en declaraciones y convenios internacionales desde principios del siglo xx, pero hasta 1989 no se dio el salto cualitativo que implica aprobar un texto normativo de vocación universal. Dicho texto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 44/25, de 20 de noviembre, entró en vigor menos de un año después de su adopción (2 de septiembre de 1990)². El elevado número de Estados parte, hasta el momento 193, resulta muy expresivo del amplio consenso que suscita la idea de que los derechos de los niños han de ser un objetivo común y primordial de la humanidad.

Este nuevo marco jurídicosocial se proyecta en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma que en su exposición de motivos se refiere a los niños «como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás».

En consecuencia, la capacidad del niño para el ejercicio de sus derechos pasa a modularse en función del desarrollo y grado de autonomía de cada menor. La clave para este nuevo entendimiento está en el término «desarrollo», que el Comité de los Derechos del Niño describe como un «concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño» (Observación General [en adelante OG] 5, § 12).

¹ A lo largo de este estudio se utilizan indistintamente los términos 'menor' y 'niño'. El primero es más común en la legislación española, mientras que el segundo es más utilizado por Naciones Unidas.

² Eglantynne Jeeb, fundadora de Save the Children Fund, impulsó la Declaración de Derechos del Niño, que fue adoptada en 1924 por la Asamblea de la Sociedad de Naciones, bajo el título de «Declaración de Ginebra», y constituye el precedente de la Declaración de Derechos del Niño de 1959. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde su creación en 1919, también impulsó convenios que protegían al niño, a través de la protección de la maternidad o regulando las condiciones de trabajo (edad mínima, trabajo nocturno, trabajo forzoso, exámenes médicos). Bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, a partir de 1945 se adopta la Declaración de Derechos del Niño de 1959, y se refleja en tratados, declaraciones e instrumentos de diverso alcance una atención creciente a sus derechos. Por otra parte, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos (adoptados en 1966, y cuya entrada en vigor se produjo en 1976), permiten extender su ámbito subjetivo de aplicación al niño y recogen algunos derechos específicos. También el Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977) ha tenido presente a los niños como víctimas especialmente vulnerables de los conflictos armados y su alistamiento en fuerzas y grupos armados, lo que se ha visto completado con la adopción del Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

La idea de la evolución de capacidad jurídica del niño se introduce en el artículo 5 de la Convención, en el que se contempla que el niño necesitará, para el ejercicio de sus derechos, dirección y orientación apropiada de sus padres o tutores, en consonancia con la evolución de sus facultades, de manera que habrá de ir disminuyendo a medida que vaya creciendo.

En la arquitectura de la Convención, el artículo 43 establece el llamado «Comité de los Derechos del Niño», con la finalidad de examinar los progresos de cada uno de los países en el cumplimiento del referido instrumento internacional. En esa tarea, además del seguimiento de los informes nacionales, cobran gran relevancia como doctrina autorizada del Comité las denominadas «observaciones generales», a través de las cuales aborda de manera sistemática diversos aspectos relacionados con la interpretación de la Convención, así como la protección y promoción de los derechos de los niños en todo el mundo. El Comité ha publicado hasta la fecha diecisiete de estas observaciones.

La «Observación General número 2, sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño», recoge una amplia lista indicativa de las actividades que estas instituciones deberían llevar a cabo en relación con el ejercicio de los derechos de los niños, a la luz de los principios generales enunciados en la Convención.

El Defensor del Pueblo realiza, como parte de sus tareas habituales, muchas de estas actividades. Este estudio se enmarca dentro de ellas y, más en concreto, en la encomienda de «preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes... sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño» [OG 2, § 19.c)].

También se enmarca este estudio dentro de las funciones propias que atribuye la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, al Defensor del Pueblo, y que le permiten elaborar estudios y formular recomendaciones sobre aquellos asuntos en los que estima que puede haber vulneraciones de los derechos humanos.

El informe del Secretario General a la Asamblea de las Naciones Unidas, relativo a la situación de la Convención, de 2 de agosto de 2013, señala en su párrafo 52:

Varios Estados han intentado incorporar el derecho de los niños a ser escuchados en sus procedimientos administrativos y jurídicos. Sin embargo, siguen siendo motivos de preocupación la insuficiente claridad y la limitada aplicación práctica de las disposiciones jurídicas, en particular las salvaguardias y los mecanismos para garantizar el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados sin ser objeto de discriminación, manipulación o intimidación... (A/68/257).

Respecto a España, las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, formuladas el 3 de noviembre de 2010 con motivo del examen del último informe español, señalan en su párrafo 30:

El Comité recomienda al Estado parte que prosiga e intensifique su labor para aplicar plenamente el artículo 12 de la Convención y promueva el debido respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como en la sociedad en general. También le recomienda que promueva la participación del niño, facilite el ejercicio efectivo de ese derecho y vele por que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen en la familia, la escuela y otros entornos, como la comunidad, la formulación de políticas nacionales, así como en la aplicación y evaluación de planes, programas y políticas... (CRC/C/ESP/CO/3-4).

1.2. Delimitación del objeto del estudio

Desde estas premisas, el presente trabajo analiza cómo se está haciendo la participación y la escucha de los niños en la toma de decisiones que les afectan con vistas a garantizar su superior interés. Pretende también contribuir a uno de los propósitos que animan la Observación General 12, cual es «proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten».

Del elenco de actuaciones de las autoridades públicas que podrían ser abordadas en un estudio de este tipo se ha dado preferencia a decisiones que han de adoptarse en el ámbito de los tribunales de justicia.

La razón para ello está en la capacidad orientadora y de referencia de las actuaciones judiciales sobre el conjunto de los procedimientos de las administraciones públicas. Dicho en otros términos, resultará más fácil avanzar en la consecución práctica del cambio de enfoque que supone la Convención si el poder judicial se sitúa en la vanguardia de este cambio de tendencia.

Dentro de la variedad de procesos judiciales en los que los niños y sus intereses pueden verse afectados se han elegido para esta ocasión dos procedimientos en los que concurren circunstancias de especial relevancia para la vida de cualquier menor:

- Los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (el más característico sobre la declaración de desamparo) en los que se examina la pertinencia de una medida de protección que supone la ruptura de los vínculos paterno-filiales, cuando la familia es, como recuerda el preámbulo de la propia Convención, «grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [que] debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad».
- Parecidos argumentos han llevado a la elección de los procesos de familia, en los que la experiencia que proporcionan las quejas recibidas en el Defensor del Pueblo revela que frecuentemente el establecimiento del marco de relaciones que subsistirá tras la ruptura familiar constituye una de las principales y más dilatada causa de conflicto.

A través de esta contribución, esta Institución pretende alentar la compleja tarea de cohonestar el respeto a las reglas procesales —que están ordenadas a la preservación de las garantías de las partes— con la atribución al niño del protagonismo que su condición de sujeto del proceso y no de mero objeto del mismo, unida a su vulnerabilidad, reclaman. Esto implica el reto de lograr unos procesos más adaptados, cercanos, amigables y atentos a las especiales necesidades de los niños.

1.3. Metodología

Para la preparación de este estudio se partió de la elaboración de un documento que contenía una lista abierta de cuestiones (que puede consultarse en el anexo I), cuyo contenido es el resultado del cotejo entre los estándares internacionales en la materia y la legislación española, las quejas recibidas sobre la materia en esta Institución, así como las actuaciones de oficio abiertas con todas las entidades de protección de menores.

Esta lista se elaboró para ordenar y facilitar la celebración de cuatro jornadas de reflexión con los actores significativos en los procesos estudiados: jueces, seleccionados por el Consejo General del Poder Judicial; fiscales, designados por la Fiscalía General del Estado; abogados, seleccionados por el Consejo General de la Abogacía Española, y representantes de los equipos psicosociales adscritos a órganos judiciales, designados por el Ministerio de Justicia y por las comunidades autónomas con competencias en medios personales y materiales de la Administración de Justicia. Se trataba de disponer de las diversas perspectivas que concurren en los procesos indicados y sobre la misma agenda de cuestiones.

Para este propósito se cursó asimismo una invitación a la «Plataforma de Infancia», alianza que agrupa a la mayor parte de las entidades que trabajan en este ámbito, para que designase representantes, que asistieran a una jornada conjunta con los representantes de la abogacía.

Las solicitudes de colaboración incluían la petición de que en la designación de representantes se procurara asegurar la mayor diversidad posible de procedencias geográficas.

Las jornadas se celebraron a lo largo del mes de octubre de 2013 y en ellas tomaron parte las personas que figuran en el anexo II. Los ricos debates suscitados completan y contextualizan los materiales de análisis, sobre los que el Defensor del Pueblo, desde la independencia de criterio derivada de su mandato, ha preparado el presente estudio.

2. DERECHOS DEL MENOR A SER ESCUCHADO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA

2.1. El artículo 12 de la Convención

El artículo 12 es una de las aportaciones más relevantes de la Convención al derecho internacional de los derechos humanos y a una concepción del niño como sujeto de derechos. Supone una transformación del enfoque tradicional, que atribuye a los niños el papel de receptores pasivos de los cuidados y atenciones de los adultos —que serían los encargados de adoptar por sustitución las decisiones de mayor relevancia en aquello que les concierna—, para reconocerlos como protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisiones. El niño pasa a ser contemplado como un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez.

De este enfoque parte el Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo doctrinal del artículo 12, a través de la Observación General 12, dedicada al derecho del niño a ser escuchado (hecha pública en junio de 2009), que se completa con la reciente Observación General 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

El derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que le afecten y a que se tomen en consideración sus opiniones se proclama en dos párrafos del mismo precepto, aunque con distinto alcance:

En el primer párrafo (art. 12.1 CDN) se establecen tres elementos:

- El derecho de los menores a expresar libremente su opinión en aquellos asuntos que les conciernan y, presupuesto este, a que sus opiniones sean tomadas en serio. Estos derechos tienen a un tiempo una dimensión individual y comunitaria (por ejemplo, los alumnos de una clase, los niños de un barrio o de un país, los niños con discapacidades o las niñas [OG 12, § 9]). El objeto de este estudio aborda la dimensión individual, ya que se refiere a dos tipos de procesos civiles en los que se decide sobre situaciones individuales.
- El titular de estos derechos es cualquier niño que se halle en condiciones de formarse un juicio propio, sin que quepan discriminaciones. De acuerdo con el Comité de Derechos del Niño, ha de partirse de la premisa que el niño tiene capacidad para formarse su propias opiniones, sin límite de edad e incluyendo la primera infancia.
- La garantía de este derecho constituye una obligación de los Estados signatarios de la Convención.

Por su parte, el párrafo segundo (art. 12.2 CDN) concreta el derecho a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales, estableciendo una serie de características básicas para el mismo:

- Que tal derecho tiene una dimensión individual; así, se indica que «se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado».
- El «principio de totalidad», en virtud del cual no existen ámbitos decisorios de actuación pública respecto de situaciones individuales exentos de esta obligación, pues se alude a «todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...».
- El «principio de adecuación», referido a la forma de escucha del menor, que deberá adaptarse a la situación subjetiva de este y a los requerimientos del concreto procedimiento que se esté sustanciando (será escuchado «directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado»). No obstante, el Comité recomienda la escucha directa al niño siempre que ello resulte posible (OG 12, § 35).

El Comité de Derechos del Niño destaca en el párrafo 2 de la Observación General 12 que este precepto debe considerarse «como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos».

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contempla esta cuestión, en el párrafo primero de su artículo 9, en los siguientes términos:

1. 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.

[...]

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos.

La fórmula legal española, «derecho a ser oído», presenta alguna diferencia conceptual con la Convención, que pone el acento en la escucha. En la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño.

Tampoco se hace referencia en este artículo a la obligación de dar a la opinión del niño el peso que merezca en función de su edad y madurez. En nuestro derecho pueden encontrarse ejemplos de una atención más exigente a este deber de escucha, como en el caso de la adopción, en el que el artículo 177 del Código Civil (CC) establece que el adoptando mayor de doce años debe otorgar su consentimiento ante el juez para que la misma pueda constituirse.

No obstante, la línea legislativa favorable a la escucha del menor no es uniforme. Así el mismo Código, en su artículo 92.6, establece —tras la reforma realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, para la guardia y custodia, en los casos de nulidad, separación o divorcio, que el juez deberá «oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con

sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda». El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 163/2009, ha señalado que en esta redacción, introducida por la Ley Orgánica 15/2005, «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».

Más en línea con la Convención y con la Observación General 12 está el párrafo segundo del citado artículo 9, referido a cómo han de adecuarse las comparecencias judiciales de los niños a su situación y desarrollo evolutivo.

El párrafo tercero del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 alude a que cuando un menor «solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos». El precepto es formalista, puesto que pone el foco en una actividad procesal sin tomar en consideración que el menor no es propiamente parte procesal —con lo que ni tiene abogado ni habitualmente le resultará sencillo personarse en el juzgado— y además no ha sido instruido —porque no está previsto dicho trámite— sobre sus derechos, particularmente el de ser escuchado en todo aquello que le afecte.

2.2. Notas caracterizadoras del derecho del niño a ser escuchado

La visión que el Comité plantea del derecho del niño a ser escuchado se concreta en una serie de notas caracterizadoras, que pueden extraerse de la referida Observación General, y que, en lo que interesa a los efectos de este estudio, cabe sintetizar del siguiente modo:

- El derecho a ser escuchado es renunciable. «Para el niño, expresar sus opiniones es una opción no una obligación» [OG 12, § 16 y 134.b)].
- Ha de ser escuchado todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Ahora bien, debe partirse de la presunción de que el niño está en condiciones de formarse dicho juicio y no procede establecer límites mínimos de edad, sino que ha de determinarse caso por caso. Para la primera infancia, ha de contemplarse como una opción adecuada a estos efectos el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En el ordenamiento español no existe una línea homogénea respecto de este asunto, puesto que se han introducido preceptos que vinculan la escucha al grado de madurez del niño (art. 92.6 CC), mientras que en otros se mantiene una referencia a una edad cronológica (art. 770.4.ª LEC). En la lógica de la Convención, lo determinante será el grado de madurez del niño, definido como «la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre cuestiones de forma razonable e independiente» (OG 12, § 20, 21 y 52).
- La evolución de la capacidad de formarse un juicio propio no precisa que el niño tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del problema planteado, sino que basta con que disponga de una comprensión suficiente del mismo (OG 12, § 21).
- Los Estados parte también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Los niños con discapacidad deben tener a su disposición y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por hacer viable

el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario (OG 12, § 21).

- El derecho del niño a ser escuchado presupone ausencia de presiones; es decir, debe ejercerse con libertad. Tal libertad ha de conceder al niño la iniciativa para «destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes» [OG 12, § 22 y 134.d)].
- Las modalidades de escucha deben atender al principio de prudencia en cuanto a su número, para prevenir la victimización por reiteraciones innecesarias. No obstante, el Comité entiende que dicha escucha deber ser entendida como «un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado». Ello implica que quienes deben conducir los procedimientos hayan de valorar la necesidad y oportunidad de los actos de escucha, sin que esto permita suprimir este deber (OG 12, § 24 y 133).
- El menor debe recibir información sobre cuál es el objetivo de la escucha, las cuestiones que van a ser abordadas y las consecuencias de las decisiones que puedan adoptarse. El Comité reclama que el proceso resulte «transparente e informativo» [OG 12, § 25 y 134.a)].
- El entorno en el que se desarrolle la escucha ha de ser amigable. En palabras de la Observación General 12: «no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad», lo que implica cambios no solo en los espacios y elementos físicos, sino también en la actitud de los actores del proceso (§ 34).
- La seguridad para el niño y una correcta evaluación del riesgo que para él pueda tener el hecho de expresar su opinión ha de ser una prioridad de todo proceso de escucha. Ello implica, en el contexto de este estudio, la conveniencia de establecer estrategias de protección de los niños que reconozcan los riesgos particulares que puedan existir, por motivos familiares, de grupo o sociales [OG 12, § 134.h)].

2.3. El itinerario de la escucha

Bajo la rúbrica «medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado», el Comité señala en la Observación General 12 una sucesión de fases necesarias para que dicho derecho sea adecuadamente atendido.

- **Preparación.** Resulta fundamental que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión, sobre las modalidades en las que puede hacerlo (directamente, por medio de representante o de un órgano apropiado) y sobre las consecuencias que ello implica, así como sobre la forma, el tiempo y el lugar en que se desarrollará la escucha (OG 12, § 41).

Los expertos consultados por esta Institución pusieron de relieve las dificultades para averiguar la información que ya tiene el menor sobre el procedimiento judicial que le afecta, sea de protección o de familia. En muchas ocasiones esta información o no se le ha facilitado o bien se le ha ofrecido de manera sesgada en circunstancias del conflicto familiar de que se trate.

Con respecto a la intervención de representante, ha de tenerse especialmente en cuenta la necesidad de prevenir conflictos de intereses entre estas personas y los menores. En el ordenamiento interno español el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 contempla dos situaciones: la del menor que teniendo suficiente juicio designe representante y la del menor que no puede efectuar tal designación o efectúe una designación que se estime que no convenga a su interés. En tal caso la norma prevé que será representado bien por sus representantes legales —siempre que no haya

conflicto de intereses— o bien por «otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente».

En los supuestos que se analizan en el presente estudio la posibilidad de atribuir la representación a quienes la ostenten conforme a la ley resulta a priori problemática, dado que lo que está en cuestión son las relaciones paternos-filiales o las funciones tutelares.

Recientemente se ha remitido a las Cortes Generales³ para su ratificación el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, y promovido por el Consejo de Europa. Este instrumento, que contiene varios preceptos bajo la rúbrica «derechos procesales del niño», ofrece en el artículo 5 un elenco de derechos, sobre los que los Estados deben examinar la oportunidad de su implantación, dirigidos tanto a asegurar la capacidad del menor de ser escuchado como a que su opinión pueda ser realmente tenida en cuenta:

- a) El derecho a solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que les ayude a expresar su opinión.
- b) El derecho a solicitar por sí mismos o a través de otras personas u organismos la designación de un representante distinto y, en los casos oportunos, de un abogado.
- c) El derecho a nombrar su propio representante.
- d) El derecho a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en dichos procedimientos.

— **Audiencia.** Esta debe ser realizada en el marco de lo que el Comité denomina un «contexto propicio y que inspire confianza». Existe una clara preferencia por la confidencialidad del acto y se apunta a la posibilidad de que esta audiencia adopte la forma de una conversación más que de un escrutinio (OG 12, § 42 y 43).

En las normas procesales españolas no se detalla la forma en que debe ejercitarse este derecho de audiencia. Solo hay referencias genéricas a que el niño sea oído en condiciones idóneas para la salvaguardia de sus intereses, sin interferencias de otras personas o a la necesidad de que estas actuaciones se desarrollen en un entorno adecuado.

Ello da lugar a significativas diferencias en la práctica judicial, acrecentadas por la actuación de juzgados especializados y otros generalistas. Esta situación —que se puso de relieve en la jornada preparatoria del presente estudio que se mantuvo con miembros del poder judicial— se ha intentado soslayar a través de documentos de consenso. Ejemplo de ello son las «Propuestas de conclusiones sobre la exploración de menores del Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del Derecho de familia», celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, del 17 al 19 de febrero de 2010⁴.

Este documento parte de la consideración de que la exploración no constituye un medio de prueba sino una diligencia judicial, lo que es coherente con la perspectiva de situar al niño como sujeto activo y no como mero objeto de un procedimiento. También resultan positivas otras previsiones tales como la voluntad de que el juzgador no se distancie del proceso de escucha del menor, ya que aunque se admite la escucha a través de un equipo psicosocial se previene que no debe generalizarse; la previsión de que ha de evitarse la reiteración de exploraciones; así como la directriz de que esta diligencia se programe lo antes posible, para evitar al niño el «estrés de espera».

³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Sección Cortes Generales, X Legislatura, Serie A: Actividades Parlamentarias. Núm. 241. Iniciativa 110/000114 (CD).

⁴ Propuestas de conclusiones sobre la exploración de menores del Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del Derecho de familia, celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, del 17 al 19 de febrero de 2010, pp. 5 y 6.

Sin embargo, otras propuestas están más alejadas de la lógica de la Convención. Así, se establece el principio de que los niños habrán de ser oídos cuando el juez lo estime necesario y no en todo caso, lo que no resulta acorde con la configuración de la escucha como un derecho del menor. De hecho, se considera que la apreciación de un eventual perjuicio permitirá no oír al menor, cuando la obligación es protegerlo, pero no dejar de oírlo.

También parece consagrarse la tendencia, advertida en la práctica, a considerar no necesaria la escucha del menor en los procedimientos consensuales o en los que no haya conflicto sobre las relaciones paterno-filiales; sin reparar en que, 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.

Respecto del entorno amigable, la interlocución con los expertos evidenció que, en muchos casos, no existen espacios adecuados en los que el menor pueda sentirse cómodo, pues la mayoría de las veces la exploración se realiza en el despacho de los jueces o incluso en las salas de vistas.

— **Evaluación de la capacidad del niño.** Esta cuestión es crítica para los asuntos tratados en el presente estudio. El juicio de madurez no es una apreciación propiamente jurídica, por lo que el juzgador requerirá en muchos casos a estos efectos de apoyo técnico⁵. Los equipos psicosociales deberán también aplicar y respetar el enfoque de la Convención y el Comité y los elementos caracterizadores del derecho del niño a ser escuchado, en especial la presunción de existencia de capacidad de formarse un juicio propio. El Comité recuerda que «cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño» (OG 12, § 30).

Por otra parte, el Comité afirma de manera categórica que «si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión» (OG 12, § 44).

Los expertos consultados por esta Institución coincidieron en la importancia de que el menor no perciba que su opinión es decisiva para la resolución que finalmente el juez haya de adoptar. La razón esgrimida es la de proteger al niño del peso de la responsabilidad que se derivaría de que su posición se percibiera como determinante. Tal praxis implica la aplicación de un criterio distinto al que se desprende de la Convención, examinada a la luz de la Observación General 12, puesto que «tener en cuenta las opiniones como factor destacado» significa justamente lo contrario: esto es, poner en valor la importancia que, a priori, ha de atribuirse a lo que el niño piensa sobre aquello que le afecta.

Ciertamente, el juez deberá ponderar todos los derechos en conflicto y, en ese sentido, la opinión del menor puede acabar no siendo determinante, pero la solución no pasa por banalizar el acto de la escucha al menor ni sus consecuencias, sino por hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego y que deben ser también consideradas en la adopción de una decisión.

— **Comunicación de los resultados al niño.** El acto de escucha no tiene una dimensión pasiva ni se agota en sí mismo, sino que el encargado de adoptar la decisión en cuestión debe comunicar al niño el resultado del proceso. Esto pone de manifiesto, una vez más, que se piensa en el niño como en un actor del proceso y que, por tanto, ha de tener derecho a reaccionar frente a la decisión adoptada: «La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia» [OG 12, § 45 y 134.i)].

⁵ En esta tarea, circunscrita a auxiliar al juez en la determinación de la madurez, resulta interesante lo indicado en el párrafo 5 de las «Propuestas de conclusiones sobre la intervención de los equipos técnicos y sobre la práctica de las pruebas periciales en los procesos de familia» del aludido *Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del Derecho de familia*, que señala: «... con carácter general no es oportuno exigir a los equipos técnicos que en la emisión del informe sigan una metodología determinada o realicen unas concretas actuaciones...».

En las normas internas españolas no se establecen previsiones en este sentido. En buena medida ello obedece a que estamos ante una consecuencia avanzada de la nueva visión del niño y de su capacidad de intervención en los asuntos que le afectan que, además, se proyecta sobre un ámbito —el de las leyes procesales civiles— en que casi todo pivota sobre la condición jurídica de parte.

La praxis en este ámbito, a la luz de la información recabada por esta Institución, se ha centrado en determinar la información que puede ofrecerse al niño sin que ello le cause perjuicio. Los expertos consultados no aludieron a que esta información se le facilite al niño de manera directa, sino que más bien la cuestión se centra en cuidar qué elementos de lo dicho por los menores se transfieren a la resolución y en qué términos. Sobre este asunto no existen criterios uniformes, por lo que la preparación y sensibilidad a este respecto del juzgador resultan determinantes.

- **Vías de recurso.** Como consecuencia de lo anterior, el ordenamiento debe prever vías específicas de recurso cuando el niño considere que su derecho a ser escuchado y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones no haya sido satisfecho (OG 12, § 46 y 54).

En la actualidad, en derecho interno español es concebible que un niño disponga de una vía de recurso independiente de la posición procesal de sus padres o tutores, a través de la figura del «defensor judicial». Sin embargo, la conceptualización de esta figura en el artículo 299 del Código Civil se vincula a casos de conflictos de intereses, por lo que resulta insuficiente a los efectos de garantizar vías directas de recurso al niño que se funden en discrepancias con la decisión judicial sobre lo que ha de constituir su superior interés, o con la apreciación de lo que él ha manifestado. Más acertada a estos efectos, aunque circunscrita sólo a la adolescencia, resulta la solución adoptada en los artículos 113.2⁶ y 123.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Otro aspecto relevante es el de la forma en que se documenta el trámite en el que el menor ha sido oído, ya que el principio de la documentación de las actuaciones condiciona el alcance de la supervisión por un tribunal superior. A este respecto coexisten prácticas diversas: desde actas literales levantadas por el secretario judicial, a diligencias en las que únicamente se manifiesta que se ha realizado la exploración o diligencias redactadas por el propio juez en las que se recogen sus valoraciones e impresiones, pero no frases literales.

Se advierte, también, la imposibilidad de garantizar al menor una total confidencialidad de sus declaraciones, ya que, aun cuando algunos jueces siguen la práctica de guardar en sobre cerrado las opiniones del menor y en primera instancia no se las entregan a las partes, en ulteriores revisiones las partes podrían solicitar el acceso a esta información o resultar necesario escuchar al menor nuevamente.

La necesidad de conciliar el interés del menor con los derechos de las partes, que pueden alegar indefensión al no poder acceder al contenido de la exploración, obliga en este punto a un delicado equilibrio⁷, en el que lo fundamental será la valoración individualizada del riesgo que para el menor implica que se conozcan sus declaraciones.

⁶ «La impugnación por parte del adolescente requiere que previamente la autoridad judicial haya nombrado un defensor o defensora judicial. A tales efectos, cuando una vez notificada la resolución, el adolescente manifieste, dentro de plazo, la disconformidad y la voluntad de impugnar, el órgano competente que ha asumido la tutela debe promover su nombramiento judicial».

⁷ El Ministerio Fiscal ha terciado en esta cuestión proponiendo una modificación del artículo 770.4^a de la LEC con la siguiente redacción: «Del resultado de la exploración de los hijos se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual». *Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*; 13 de septiembre de 2013, p. 53.

3. DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL

3.1. El interés superior del niño

El derecho de los niños a ser escuchados y que sus opiniones se tomen en serio además de tener dimensión propia, están estrechamente vinculados con otro de los principios fundamentales de la Convención: la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior y, por tanto, ha de tener la consideración de primordial en los procesos de adopción de decisiones que le afecten (art. 3.1 CDN). Como el propio Comité afirma, los artículos 3 y 12 de la Convención tienen funciones complementarias, de modo que el primero no puede ser correctamente aplicado si no se cumplen los requisitos del segundo. No es posible determinar correctamente el mejor interés del menor sin respetar los elementos de su derecho a ser escuchado. Del mismo modo, el interés superior del menor exige el respeto a su papel esencial en todas las decisiones que afecten a su vida (OG 12 § 74).

Al igual que ocurría con el artículo 12 de la Convención, el párrafo primero del artículo 3 ha sido objeto de una observación general en la que se desarrolla y contextualiza el alcance de este precepto. La Observación General número 14, «sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial», fue aprobada por el Comité de Derechos del Niño en 2013.

El análisis de esta observación, en los aspectos de mayor interés para el objeto de este estudio, permite ofrecer algunos parámetros sobre el concepto de «interés superior del niño»:

- La Convención parte de un principio radical: El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados. La rotundidad de este postulado se deriva de la posición de partida de los niños, que tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, en unos ámbitos de decisión que no están pensados para que ellos participen. Desde la perspectiva sociológica, el Comité afirma que «si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar» (OG 14 § 6.a) y 37).

La trascendencia de este principio lleva a que el artículo 11.2.a), de la Ley Orgánica 1/1996, lo considere uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, y como tal es referido en múltiples normas internas.

- Estamos ante un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso por caso. El Comité alude a que se trata de un concepto «flexible y adaptable... teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales» (OG 14, § 32).

La carga psicosocial que gravita en la noción del interés superior del menor y la presencia de elementos no racionales lo convierten en un concepto jurídico de vagos contornos, al que

nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1996, se ha referido como una «zona de incertidumbre o penumbra». Ello supone la principal dificultad a la que deben enfrentarse las autoridades que adoptan decisiones en este ámbito. Algunas normas autonómicas⁸ intentan, no obstante, abordar la tarea de objetivar este concepto.

- A la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso ha de unírsele el riesgo de abuso del mismo por parte de autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea. El deber de escuchar la opinión del niño es una garantía frente a este riesgo (OG 14, § 34).

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño» (STC 141/2000, FJ 5).

- La concreción del interés superior del niño en un caso particular implica dos pasos: en primer lugar hay que evaluar los elementos que son relevantes, con el objeto de determinar cuáles van a ser los intereses en juego. El Comité alerta sobre la conveniencia de que para la realización de esta tarea el encargado de adoptar la decisión cuente con la colaboración de un equipo multidisciplinar. La segunda fase, de determinación, debe ser entendida como un proceso estructurado y con garantías estrictas (OG 14, § 6.b) y 47).

Para garantizar el derecho del menor a ser escuchado, la atención debida a su opinión, así como su superior interés, todas las personas con responsabilidades en estos procesos han de disponer de una formación específica en habilidades para el trato con los menores⁹. Pero más allá de la formación personal, dado que en este ámbito se produce una confluencia entre lo jurídico y otras disciplinas, debe señalarse la importancia a estos efectos de los equipos técnicos. Ahora bien, la organización de estos equipos —denominados comúnmente «equipos psicosociales»— no es uniforme ni, en varias zonas, específica para juzgados civiles, lo que induce a una heterogeneidad de enfoques, además de problemas para atender con agilidad la carga de trabajo.

⁸ A título ilustrativo, puede citarse el artículo 4.1, párrafo 2º, de la Ley 3/2005, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco, donde se establece: «Para la determinación de ese interés se atenderá en primer término a las necesidades y derechos de la persona menor de edad, se tendrán en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente y se considerará su individualidad en el marco familiar y social».

⁹ En las conclusiones del *Encuentro con la Abogacía Especializada en Derecho de Familia*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, del 24 al 26 de octubre de 2012, se indicaba lo siguiente: «Específicamente se considera que, tanto jueces, fiscales, secretarios judiciales, abogados y personal judicial, reciban formación en las materias siguientes: [...] Conocimientos de psicología básica, patologías y anomalías conductuales, psicología evolutiva, psicología de los procesos transformativos familiares; análisis de conflictos interpersonales dinámicos y el papel del juez en la regulación y superación de tales conflicto, salvaguardando los intereses de orden público; adquisición de las competencias esenciales para intervenir como juez/a en estos conflictos: respeto, escucha activa, empatía; conocimiento de los instrumentos auxiliares del enjuiciamiento como la mediación, la evaluación neutral, las pruebas psiquiátricas, periciales y psicosociales típicas; conocimiento del sistema de servicios sociales que trabajan en el ámbito de los conflictos de naturaleza familiar o personal (protección de menores e incapaces); capacidad de intervención en el “enjuiciamiento legal” y en la “búsqueda de la solución de los conflictos” con neutralidad y eficacia, en garantía de los derechos fundamentales de las personas».

Además, no existe una composición estándar de estos equipos, lo que hace que en la práctica se utilicen diferentes procedimientos de trabajo y que, en ocasiones, el equipo pierda la condición de multidisciplinar¹⁰. También se evidencia la falta de un protocolo común de actuación para evitar disparidad en el contenido de los informes.

Otra cuestión relevante, derivada de la limitación de medios humanos, es el tiempo de espera hasta que el equipo psicosocial puede ver al menor. A tenor de los datos facilitados a esta Institución, la situación varía en función de los territorios. Mientras que, por ejemplo, en el País Vasco se cita al menor entre dos o tres semanas desde que lo solicita el juez, y el promedio para la elaboración y entrega del informe es de entre 30 y 40 días; en Canarias el plazo de cita está en torno al año.

- En la tarea de evaluación se requiere en todo caso de la participación del niño. «A medida que el niño madura sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior» (OG 14, § 44).
- Los tribunales de justicia son directamente invocados entre las autoridades a las que incumben una especial obligación de dar satisfacción al superior interés del niño en todas las decisiones que adopten. Esta previsión tiene particular importancia en un régimen constitucional en que los tribunales son responsables del control de las actividades de otros poderes del Estado. Refiriéndose a la vía civil, el Comité, además de recordar la obligación general ya señalada, añade significativamente que «han de demostrar que así lo han hecho efectivamente». Esta idea se conecta no sólo con consideraciones procedimentales sino también con la exigencia de que la motivación de los actos sea individualizada y suficiente (OG 14, § 6.c) y 29).

3.2. Garantías procedimentales

La determinación del superior interés de un menor no requiere por lo común de la necesidad de recurrir a procesos oficiales, ya que se lleva a cabo por padres, tutores, profesores y otras personas de manera cotidiana. Ahora bien, en los casos en que la situación reclama una intervención pública el proceso requiere de una mayor estructuración. Por ello el Comité indica que en esta labor las autoridades concernidas —y a los efectos de este informe las autoridades judiciales— deberán prestar especial atención a las siguientes salvaguardias:

- **El derecho del niño a expresar su propia opinión.** La comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en los procedimientos es un elemento fundamental. La modalidad práctica para garantizar la expresión por parte de los niños de sus opiniones debe adecuarse a los requerimientos ya expuestos al estudiar el artículo 12 de la Convención (OG 14, § 89-90).
- **La determinación de los hechos.** Para establecer los hechos y la información pertinente puede resultar necesario acudir a profesionales, personas cercanas al niño y testigos, si los hubiere. Esta información debe ser objeto de verificación antes de que influya en la evaluación del superior interés del niño (OG 14, § 92).
- **La percepción del tiempo.** Los niños y los adultos no comparten la misma percepción del paso del tiempo, por lo que los procesos de toma de decisiones que se demoran tienen para su

¹⁰ En la jornada de trabajo mantenida con técnicos de los equipos psicosociales se pusieron de manifiesto significativas diferencias derivadas de los medios humanos disponibles en cada comunidad. Así, en las comunidades con mayores medios, aunque la exploración se realice por una persona, posteriormente la valoración se efectúa de forma conjunta por varios técnicos. Sin embargo, en otras tanto las exploraciones como las valoraciones se realizan de forma individual sin contrastar con otros profesionales.

desarrollo una particular incidencia de carácter adverso. Ello lleva al Comité a reclamar que se dé prioridad a estos procesos y que su tramitación sea ágil. Esta distinta percepción del tiempo ha de tener consecuencias prácticas relevantes en orden a examinar el régimen de revisión de las decisiones una vez adoptadas (OG 14, § 93).

- **Los profesionales cualificados.** Se abunda en la necesidad de intervenciones interdisciplinarias, dada la heterogeneidad de las características y necesidades de los niños (OG 14, § 94).
- **La representación letrada.** El Comité reclama que los niños dispongan de abogados que atiendan específicamente a sus intereses en los procedimientos judiciales y administrativos (OG 14, § 96).
- **La argumentación jurídica.** «A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión [...] debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar, en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones...» (OG 14, § 97).

En nuestro derecho el deber de motivación de las sentencias es una exigencia constitucional (art. 120.3) que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva. La Ley de Enjuiciamiento Civil exige, en el artículo 218, congruencia y exhaustividad en el contenido de las resoluciones judiciales. No obstante, la exigencia, a la luz de la Convención, ha de ser mayor y más específica y no se agota con la redacción de un documento, sino que incluye facilitar explicaciones al niño de manera adecuada.

- **Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.** Además de la existencia de vías de recurso, tales mecanismos deben estar a disposición del niño «que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico» (OG 14, § 98).

4. OPOSICIÓN A MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

4.1. Medidas administrativas de protección a menores

Los padres tienen la obligación de prestar asistencia y protección a sus hijos. La Constitución parte de esta premisa y establece, en su artículo 39, como tarea de los poderes públicos, la de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Por su parte, la Convención dentro del mismo esquema conceptual, asume en el artículo 9 que los niños no han de ser separados de sus padres contra la voluntad de estos y somete la decisión de separarlos —considerándola un mal menor— a una triple exigencia: que resulte necesaria para el superior interés del niño, que el proceso esté regulado legalmente y que quepa, en todo caso, revisión judicial de las decisiones que se adopten.

El artículo 172.1 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, atribuye a la entidad pública, a la que en cada territorio esté encomendada la protección de los menores, la tutela de estos cuando se constate que se encuentran en situación de desamparo. La lógica de este precepto es la de establecer un régimen de actuación rápido y ejecutivo, amparado en la necesidad de minimizar un riesgo que se estima existente para el niño y, al tiempo, establecer una línea de responsabilidad clara para la Administración que le dificulte la inhibición. Esta es también la filosofía que está detrás de la definición de desamparo que hace la misma norma en términos muy abiertos («imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección», «privación de asistencia moral o material», etc.); apertura que la normativa autonómica ha mantenido en orden a no restringir una capacidad de actuación que se concibe como una salvaguardia de último recurso.

Cuando se estima que unos padres o tutores no cumplen adecuadamente con sus obligaciones, se ha previsto que las administraciones desplieguen una serie de mecanismos de seguimiento y supervisión de la situación. En la fase inicial de estas actuaciones el protagonismo corresponde al sistema de servicios sociales que, en primer término y salvo en casos de emergencia social, deben procurar corregir los problemas detectados, a través de planes de intervención sociofamiliar. Cuando esta actuación no es viable o no alcanza los resultados deseados —bien debido al incumplimiento de los padres del plan establecido, bien por circunstancias sobrevenidas que hagan imposible cuidar de sus hijos, la Administración, de forma subsidiaria, debe intervenir adoptando medidas de protección al menor, siempre en su superior interés.

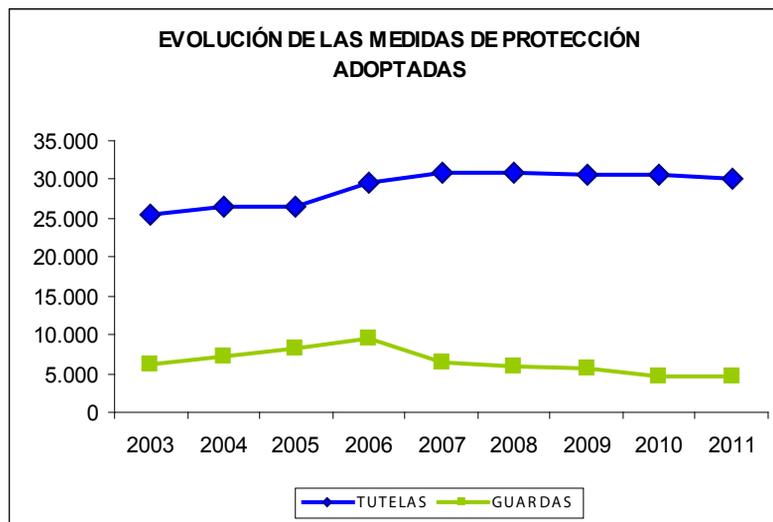
Este trabajo se desarrolla en la mayoría de los casos sin formalidades administrativas, pues en la mayor parte de las comunidades autónomas no existe una declaración formal de la situación de riesgo, por lo que los progenitores desconocen la trascendencia y posibles consecuencias que puede tener el incumplimiento del plan propuesto por los servicios sociales. Ello puede implicar en el origen del conflicto situaciones de indefinición e inseguridad jurídica e, incluso, de indefensión. En los casos

en que la evolución sociofamiliar no sea positiva, se da traslado de la información a los servicios de protección de menores de la comunidad autónoma correspondiente, con el objeto de que se adopten medidas más contundentes. Los plazos y trámites que se siguen en el expediente de protección varían de una comunidad a otra (p. ej., el plazo para instruir es en Cataluña de 1 año y en La Rioja o Madrid de tres meses, prorrogables por dos más).

En la tabla y el gráfico siguientes se ofrece una perspectiva temporal sobre el número de medidas de protección adoptadas en el conjunto del territorio nacional. Los datos fueron recabados por esta Institución en el año 2012 en el marco de actuaciones de oficio con las entidades de protección. En el momento de la redacción de este estudio no se disponen de datos más recientes.

EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS									
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Tutelas	25.589	26.438	26.614	29.497	30.818	30.792	30.629	30.637	30.057
Guardas	6.109	7.208	8.321	9.598	6.536	5.834	5.694	4.693	4.537
Total medidas	31.698	33.646	34.935	39.095	37.354	36.626	36.323	35.330	34.594

Nota: Sin datos de Eivissa-Formentera en el año 2011

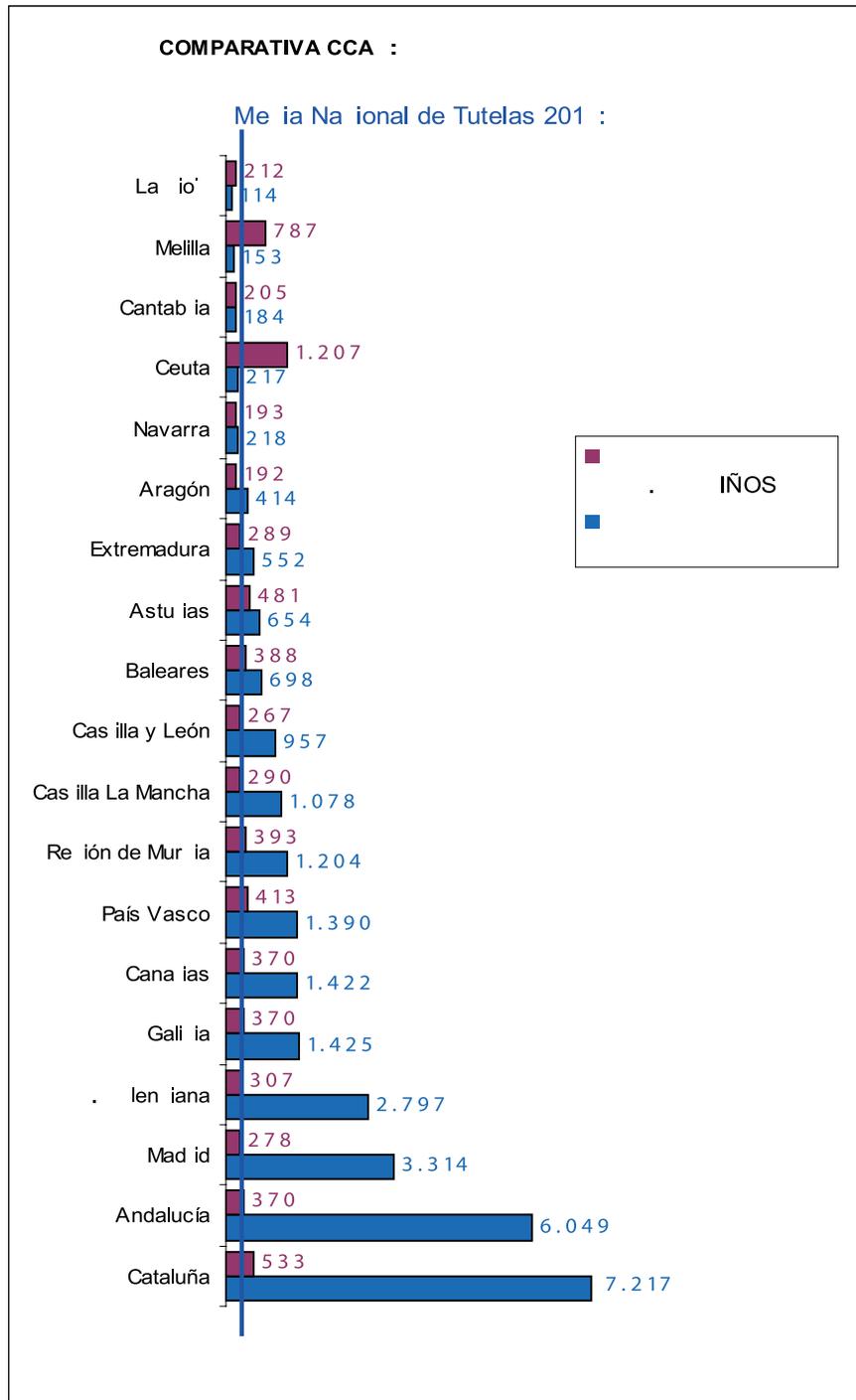


Los datos anteriores se ofrecen en el cuadro que sigue como tasa por cada 100.000 niños, al objeto de permitir una ponderación del impacto sobre el conjunto de la población infantil de nuestro país.

TASA EVOLUTIVA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS									
Tasa por cada 100.000 niños	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Tutelas	342,3	350,0	348,5	381,6	391,5	383,5	376,4	373,5	364,2
Guardas	128,9	110,1	109,2	124,7	83,2	72,7	71,3	57,3	55,1
Total medidas	471,2	460,1	457,7	506,3	474,7	456,2	447,7	430,8	419,3

Nota: Sin datos de Eivissa-Formentera en el año 2011

Por último, se ofrece un gráfico que permite comparar el número y la tasa de tutelas acordadas en el año 2011 —medida que implica un desplazamiento jurídico de la responsabilidad inherente a la patria potestad—, en las comunidades y ciudades autónomas, ordenadas en sentido ascendente por el número absoluto de tutelas, así como la media nacional de tutelas.



La realidad de la protección en España se enfrenta a un conjunto de problemas que, aunque exceden del ámbito del presente estudio, es necesario tener presente para comprender el contexto en que han de llevarse a cabo las actuaciones judiciales sobre esta materia:

- Insuficiencia de las estructuras de protección para atender adecuadamente la carga de trabajo.
- La contundencia de las potestades públicas reconocidas en este ámbito que, si bien está pensada como instrumento al servicio del interés superior de los menores, puede conducir a decisiones graves y de difícil reversibilidad.
- Excesiva duración de los expedientes administrativos.
- La carencia de información y de asistencia jurídica de las familias biológicas desde el primer momento de la intervención administrativa, que les dificulta reaccionar ante las decisiones que se van adoptando.

Ante las decisiones administrativas adoptadas en protección de menores, el remedio previsto es un proceso denominado de «oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores». Se trata de un proceso civil regulado en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento conserva, sin embargo, la estructura propia de un proceso contencioso-administrativo, inhibiendo, eso sí, la necesidad de reclamación previa en vía administrativa antes de entablar el proceso. El proceso se inicia con un escrito de formulación de la oposición¹¹, que da paso a la solicitud por parte del juzgado del expediente administrativo de protección para que el solicitante pueda acceder al mismo y formular su demanda. A partir de aquí el proceso sigue los trámites del juicio verbal.

4.2. La superior vigilancia del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal tiene, además de la función de promoción de la acción de la justicia ante los tribunales, una importante función extrajudicial en este ámbito de protección de menores. De conformidad con el artículo 174 del Código Civil, «incumbe al fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores...».

La norma establece para el fiscal un triple papel: de seguimiento de la situación de los menores, control periódico de su situación (se establece una periodicidad semestral) y promoción de las medidas judiciales de protección que estime necesarias¹². En esencia, la norma entiende que la posición del fiscal es la de un supervisor de la actuación administrativa.

La cuestión a dilucidar es la del contenido y alcance de esa superior vigilancia, cuya función está ordenada a garantizar el respeto al superior interés del niño.

En la Memoria del Ministerio Fiscal¹³ presentada en 2013 se indica lo siguiente:

¹¹ El plazo de interposición es de 3 meses desde la notificación de la resolución que se pretenda impugnar, cuando se trata de una declaración de desamparo, y de 2 meses para el resto de las medidas.

¹² Como muestra del creciente compromiso de la Fiscalía en este ámbito cabe citar la reciente publicación de la obra de MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*. Valladolid, Fundación Aequitas y Fundación Aranzandi-Lex Nova, 2013.

¹³ *Memoria elevada al Gobierno de S. M. por el Fiscal General del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2013, p. 432.

La coordinación de las Entidades Públicas con la Fiscalía para consensuar estrategias y superar divergencias y la inexistencia de equipos técnicos independientes a disposición del Fiscal de Protección explican que sea muy escaso el número total de impugnaciones formuladas por el Fiscal (10), frente al de las presentadas por particulares (1.450). Rara vez discrepa el Fiscal del criterio administrativo sobre la necesidad de separación de un niño de sus padres, pudiendo diferir en relación con la idoneidad de los acogedores en familia extensa o con el régimen de comunicaciones y visitas...

Para comprender cómo se concibe la actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito hay que reparar en el contenido del párrafo primero del artículo 174.2 del Código Civil, que establece que se comunicará al fiscal «la noticia de nuevos ingresos» en el sistema de protección; las resoluciones administrativas y «los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos»; así como cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

Las opiniones recabadas por esta Institución de miembros del Ministerio Fiscal coinciden en que la norma citada configura principalmente un sistema de control de legalidad, dado además que la Fiscalía no tiene por lo general medios técnicos propios para poder supervisar la situación sociofamiliar que se halla en el origen del conflicto, ni las intervenciones desplegadas por los servicios de protección. Lo que llega al fiscal es una resolución de desamparo o de una medida de protección de otra naturaleza acordada por la autoridad administrativa y no el expediente completo del menor. El control que primariamente cabe hacer en estas circunstancias versa sobre la suficiencia de la motivación.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores¹⁴, llama la atención sobre la posibilidad de que sea el propio Ministerio Fiscal el que impulse la actividad protectora de las entidades públicas, comunicando cualquier situación de eventual riesgo y actuando frente a la inactividad administrativa. En este marco se prevé que la fiscalía exija la notificación tanto de las resoluciones en las que se adopten medidas de protección como aquellas otras en que se denieguen las medidas interesadas.

La previsión de la norma civil, relativa a la remisión al Ministerio Fiscal de resoluciones y no del expediente, implica una carencia de principio respecto del conocimiento cabal del problema. Debe apuntarse como buena práctica la solución adoptada en la Comunidad Autónoma de Aragón, en la que el fiscal puede acceder directamente al sistema informático de la Administración donde se refleja toda la información y seguimiento sobre los menores.

En el curso de las jornadas preparatorias del presente estudio se puso de manifiesto que la coexistencia en las Secciones de menores de las fiscalías provinciales¹⁵ de los asuntos relativos a menores infractores y a menores en protección limita las posibilidades de actuación en este último ámbito, dada la limitación de efectivos y el carácter preferente de las actuaciones del orden penal.

4.3. Del procedimiento administrativo al proceso judicial

En la configuración legal el proceso del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sigue a una serie de actuaciones administrativas de intervención sobre la vida del niño.

Los niños, protagonistas del procedimiento administrativo previo, deben ser informados y escu-

¹⁴ Hecha pública el 16 de noviembre de 2011, p. 51.

¹⁵ Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la organización de los Servicios de Protección de las Secciones de Menores.

chados a lo largo del mismo. Las leyes de protección de menores de las comunidades autónomas recogen este derecho con algunas modulaciones¹⁶ (en la mayoría de los casos se establece que ha de oírse siempre a los mayores de 12 años y a menores de esa edad si tuvieran suficiente juicio).

El carácter esencial de la escucha en esta fase administrativa se deduce con facilidad de la configuración como derecho en todas las normas autonómicas. Ahora bien, en la mayor parte de los casos no se establecen sistemas específicos de garantía¹⁷ frente a la desatención de este derecho por parte de la Administración.

Los técnicos de los equipos psicosociales consultados señalaron que no existe un protocolo que facilite la aproximación al menor para trasladarle la información que le permita tomar conciencia de sus derechos y de la importancia de su participación. La experiencia trasladada a esta Institución, tanto por representantes de entidades que trabajan con la infancia como por operadores jurídicos, es que, por lo general, los menores en protección no reciben una información suficiente sobre su situación y expectativas de evolución de la misma. De hecho, se destacó que dicha información raramente está enteramente compilada en el expediente de protección, ya que con frecuencia en el mismo faltan elementos importantes —por ejemplo, todas las actuaciones previas desarrolladas por los servicios sociales de base— y que se producen frecuentes mezclas de documentos y faltas de sistematización.

Estas premisas ponen de manifiesto que un niño con suficiente juicio que tenga discrepancias sobre cómo se ha llevado a cabo la escucha o que, incluso, disienta de la pertinencia de las medidas de protección acordadas va a tener severas dificultades para plantear tales discrepancias ante la autoridad judicial.

Para afrontar este problema hay que comenzar descartando la posibilidad de que el menor pueda actuar en el proceso a través de sus progenitores, sobre cuyo adecuado desempeño de las obligaciones derivadas de la patria potestad versa la actuación administrativa a impugnar. Tampoco parece que deba ser a través de la Administración, que ha fijado una posición con la que el menor puede no estar de acuerdo. En términos teóricos quedarían tres opciones: 1) que el niño acceda directamente al juez, incluso antes de estar planteada la oposición manifestando su discrepancia o en cualquier momento del proceso, y que ello pueda dar lugar al nombramiento de un «defensor judicial»; 2) que el Ministerio Fiscal, además del papel que actualmente tiene reconocido en virtud de la superior vigilancia que le cumple realizar —y que puede llevarle a entablar por sustitución un procedimiento—, asumiera un rol más directo como representante procesal del menor que así lo demandase, en este caso no por sustitución sino como un supuesto de legitimación extraordinaria, y 3) que se facilite al menor un abogado de oficio.

Las dos primeras opciones plantean dificultades para una fácil accesibilidad por parte del niño y, respecto del fiscal, se haría necesaria una previsión legal expresa de la forma de legitimación citada.

La tercera opción es la de facilitar el contacto del niño con un abogado. Dicho contacto puede suplir algunas de las carencias de información que se vienen detectando, así como para hacer viable el acceso al juez o al fiscal en términos adecuados.

¹⁶ Resulta interesante a estos efectos la matización introducida en el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, a tenor del cual: «Los menores tienen derecho a obtener toda la información que concierna a sus intereses, derechos y a su bienestar personal, emocional y social en un lenguaje que sea adecuado y comprensible según su desarrollo evolutivo y madurez. El ejercicio de este derecho se ejecutará de manera responsable bajo la orientación de sus padres, representantes legales o guardadores».

¹⁷ La Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de la Comunidad Foral de Navarra, contiene dentro del artículo 22, dedicado al derecho a ser oído, la previsión de que la denegación de la audiencia solicitada por el menor o por la persona que le represente será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a los solicitantes, y frente a la misma cabrá acción ante la jurisdicción civil «sin necesidad de recurso administrativo previo».

Para desarrollar esta función, parece imprescindible que los profesionales que deben prestar esta asistencia cuenten con la adecuada formación y estén especializados, lo que conlleva la formación de turnos de oficio específicos en protección de menores.

4.4. El rol del niño en el proceso de oposición

Los datos anuales disponibles sobre declaración de tutela *ex lege* por el conjunto de las entidades de protección, cruzados con los que publica la Fiscalía General del Estado, permiten indicar que un porcentaje significativo de las decisiones administrativas de protección es sometido a revisión judicial por la vía de la oposición regulada en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No ha de olvidarse que existen dificultades objetivas para que este número pueda ser mayor, sobre todo por lo ya indicado sobre la falta de asesoramiento a los familiares desde el inicio del procedimiento administrativo.

En este informe se pretende centrar el análisis en la concepción que la norma tiene de la participación del niño en el proceso y sobre la realidad en que este proceso se desarrolla.

La exigencia de la escucha se deriva de la cláusula general del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996. El artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite para la ordenación del proceso a los trámites del llamado «juicio verbal» que no contempla la escucha del menor —en términos procesales lo habitual es hablar de «exploración»— como un trámite específico, ni dispone cuándo ha de realizarse.

- El acto de escucha al menor no debe coincidir con el de la vista, denominada en este proceso «acto del juicio», en principio porque ese momento no permite ofrecer al menor un «contexto propicio y que inspire confianza», ni resultará fácil garantizar al menor un ambiente confidencial.
- El llamado entorno amigable obliga a ajustar en lo posible a la madurez del niño el espacio físico e incluso el número de las personas presentes y su actitud durante el desarrollo del acto. Para esta tarea los órganos judiciales especializados cuentan, a priori, con mayores posibilidades y hábitos para satisfacer estos requerimientos.
- El acto de escucha, que debe hacerse por el juez, es un momento clave para satisfacer el derecho a la información que tiene el niño, tanto sobre el acto en sí y su carácter de derecho, y no de obligación y sus consecuencias, como sobre las posibilidades que el menor tiene para asegurarse de que su opinión sea adecuadamente tenida en cuenta.
- El Comité de Derechos del Niño apuesta por que la escucha del menor se realice más como una entrevista que como un examen, de ahí que el término «exploración», tradicional en las normas procesales españolas, no resulte el más adecuado, ya que remite a la idea del menor como objeto del proceso y no como sujeto activo del mismo. La fórmula de la entrevista facilitará que el niño pueda asumir la iniciativa de llevar la conversación hacia las cuestiones que considere más importantes.
- Una primera cuestión crítica es determinar el grado de libertad del niño que ha de ser escuchado o, lo que es lo mismo, su grado de exposición a eventuales presiones y el impacto que éstas puedan tener. La correcta evaluación del riesgo al que pueda verse expuesto presupone la necesidad de que quien haya de escuchar al menor disponga de toda la información relevante. Esta es una de las razones por la que cobra importancia el hecho de que se disponga del expediente del menor actualizado, completo y ordenado. En algunos casos la determinación del riesgo requerirá de la asistencia de equipos técnicos. Teniendo en cuenta la configuración del derecho a la escucha, que sólo por voluntad del niño es renunciable, la existencia de un riesgo debe implicar una estrategia de protección pero no la supresión de este acto, pues con ello la presión habría conseguido sus objetivos.

- La otra cuestión crítica es la determinación del grado de madurez del menor, puesto que afecta de manera directa al grado de atención que haya de prestarse a la opinión del menor con vistas a la adopción de la decisión final. Nuevamente para los casos menos evidentes el juzgado requerirá de apoyo técnico especializado. Ahora bien, como debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio, la aplicación automática de criterios de edad para inhibir *a priori* el acto de escucha resulta improcedente. Asimismo, la decisión de no escuchar a un menor que puede comunicarse requeriría un informe técnico que objetivara y razonara la falta de madurez de ese niño.
- Uno de los problemas a los que podría enfrentarse un proceso atento a la escucha del menor es el de la reiteración de las entrevistas o actos de escucha, sobre todo si se considera imprescindible la intervención de un equipo técnico multidisciplinar¹⁸. Dado que se debe prevenir, en lo posible, la reiteración de estos actos cabe acudir a actuaciones coordinadas o al uso de medios técnicos que permitan concentrar los actos de escucha y que estos tengan una duración suficiente.
- El proceso en su conjunto ha de tener por objeto supervisar si las medidas adoptadas por una Administración lo han sido en el interés superior del niño. Escuchado éste el siguiente paso se concreta en el acto del juicio. En esta vista se han de practicar las pruebas admitidas y se formulan las conclusiones. En buena lógica lo que el juez haya escuchado del menor debe ser confrontado con las actuaciones que en dicho acto se practiquen en un marco de contradicción entre las partes. En un momento tan determinante, previo al de la adopción de la decisión, resulta paradójica la ausencia del menor. Ciertamente el Ministerio Fiscal, que tiene la misión de velar por su superior interés, puede hacer valer lo que estime que conviene a dicho interés. No obstante, si el Ministerio Fiscal no ha participado en el proceso de escucha difícilmente puede saber lo que el niño piensa o desea. Este es una de las razones por las que se ha defendido la conveniencia de facilitar al menor una asistencia jurídica que vele por la adecuada defensa de sus posiciones en el proceso.
- Como se ha puesto de manifiesto, los niños tienen una percepción del tiempo diferente a la de los adultos. El paso del tiempo en la infancia influye de forma más rápida y determinante que en la edad adulta. El desarrollo armónico, integral y equilibrado de la personalidad del niño debe ser primordial al considerar su interés superior. Cuanto más se demore la resolución del conflicto por el que un niño fue separado de su familia biológica, más se habrá consolidado su nueva situación y será más traumático romper los nuevos vínculos afectivos. En ocasiones se consolida una situación que crea perjuicios irreparables a los niños y sus padres¹⁹. El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cumple formalmente con el requerimiento de priorizar estos procesos, tal y como reclama el Comité de Derechos del Niño.

Otra cuestión es la de la agilidad. No existen datos contrastados sobre la duración de los procesos de oposición a la resolución de desamparo. Sin embargo, los operadores jurídicos consultados por esta Institución coincidieron en que estos procedimientos se demoran en exceso, llegando a superar los dos años en primera instancia²⁰.

¹⁸ La especialización de órganos judiciales y la adscripción de equipos técnicos permite que este apoyo se realice de una manera más fluida y casa mejor con las premisas que derivan de la Convención y de sus observaciones generales.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio 2013, Asunto R.M.S. contra España (Demanda nº 28775/12).

²⁰ Entre las causas de demora, además de la carga de trabajo de los juzgados, se apuntó a que los informes que debe remitir la Administración, en muchos casos, están incompletos y desordenados, lo que requiere mayor tiempo para completarlos. Las demoras en la emisión de informe por parte del equipo psicosocial del juzgado, como consecuencia de su falta de medios, motivan también, en muchos casos, la necesidad de suspender y volver a señalar fecha para la vista.

- El problema de la duración asumible para un procedimiento de esta naturaleza conduce a examinar el modelo de procedimiento. Dicha cuestión, aunque es ajena a la perspectiva de este estudio, tiene también especial incidencia respecto de las garantías de las partes del proceso, particularmente los progenitores. Es cierto que en el sistema vigente la supervisión que realiza el Ministerio Fiscal permite que pueda solicitar la revocación del desamparo o presentar la oposición judicial, si considera que han cambiado las circunstancias de forma sustancial. Pero esta posibilidad debe superar en la práctica las dificultades de seguimiento que se han puesto de manifiesto al tratar de la posición del fiscal respecto de la protección de menores.

La articulación legal del sistema de protección está basada en la existencia de unos organismos administrativos con medios especializados y potestades muy contundentes. Frente a ello una vía tradicional sería la adopción de medidas cautelares por parte del juzgado. Sin embargo, tal posibilidad no se contempla en la práctica, puesto que se entiende que se anticiparía la decisión de fondo, sin disponer de un conocimiento suficiente de la cuestión, cuando el núcleo del debate puede requerir del apoyo de equipos técnicos que necesitan un tiempo para emitir su dictamen.

Ello lleva a plantearse si sería conveniente un cambio de modelo en que la jurisdicción deba supervisar y ratificar, en todo caso, la resolución de desamparo adoptada por la Administración competente, transcurrido un plazo prudente (por ejemplo de 3 a 6 meses) de modo que la autoridad judicial ratifique, module o anule dicha resolución.

- El cambio de concepción sobre la posición del niño en el proceso se traduce en una exigencia reforzada para el juzgador, en lo que se refiere a su deber de motivar las resoluciones. Esa mayor exigencia comprende referir todas las circunstancias de hecho de relevancia para el niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior y la manera en que se han ponderado.

Para el caso de que la decisión adoptada difiera de la opinión del niño, el juez deberá explicar las razones que le han llevado a adoptarla y cuando, por motivos excepcionales, el juez deba fallar contra el interés superior del niño (p. ej. porque entre en conflicto con el de otro menor), habrá de asegurarse el juzgador de explicar cómo dicho interés fue objeto de una consideración primordial en el proceso intelectual que condujo a la sentencia.

- Las normas españolas no prevén que el encargado de adoptar una decisión en este ámbito comunique al niño el resultado del proceso. La sentencia se notifica únicamente a las partes y el niño tendrá conocimiento de lo decidido a través de la Administración que ejerza su tutela o de quien asuma su guarda. Como se ha dicho, la normativa no prevé una vía general para que el menor en cuestión pueda disentir de la decisión adoptada, y menos para convertirse en una suerte de parte a partir de la comunicación de la sentencia de instancia. La implantación de estas medidas requiere de una nueva visión de la posición procesal del niño y de sus posibilidades de actuación en cualquier fase del procedimiento, sin exigirle que se constituya desde el inicio en la condición formal de parte.
- Como se ha apuntado en este estudio, para el Comité de Derechos del Niño «la escucha debe ser entendida como un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado». Por tanto, en los casos en los que se llega a una apelación, el derecho del niño a ser escuchado no ha de entenderse a priori cumplido por el trámite desarrollado en la primera instancia, sobre todo cuando entre la primera decisión y la apelación media un período de tiempo considerable. El derecho a ser escuchado ha de sobreponerse, por tanto, a planteamientos reduccionistas del alcance de la segunda instancia, dado que lo relevante en este punto es el superior interés del niño que puede variar con el paso del tiempo.

5. DECISIONES SOBRE LOS NIÑOS EN CRISIS FAMILIARES

5.1. Procesos de familia cuando hay niños

Las normas civiles y procesales configuran una serie de procesos, agrupados en la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el epígrafe «de los procesos matrimoniales y de menores» (arts. 769 a 781), dedicados a regular los sistemas de solución judicial de crisis familiares. Esta normativa procedimental se ve completada en algunos puntos con previsiones del Código Civil (arts. 81 a 107).

En lo que interesa a los efectos del presente estudio, cabe distinguir una serie de procesos:

- El proceso contencioso de nulidad, separación y divorcio (art. 770 LEC).
- El proceso de mutuo acuerdo de separación y divorcio (art. 777 LEC).
- La determinación, que puede realizarse en diversos momentos procesales, de medidas relativas a los hijos (arts. 771 a 776 LEC).

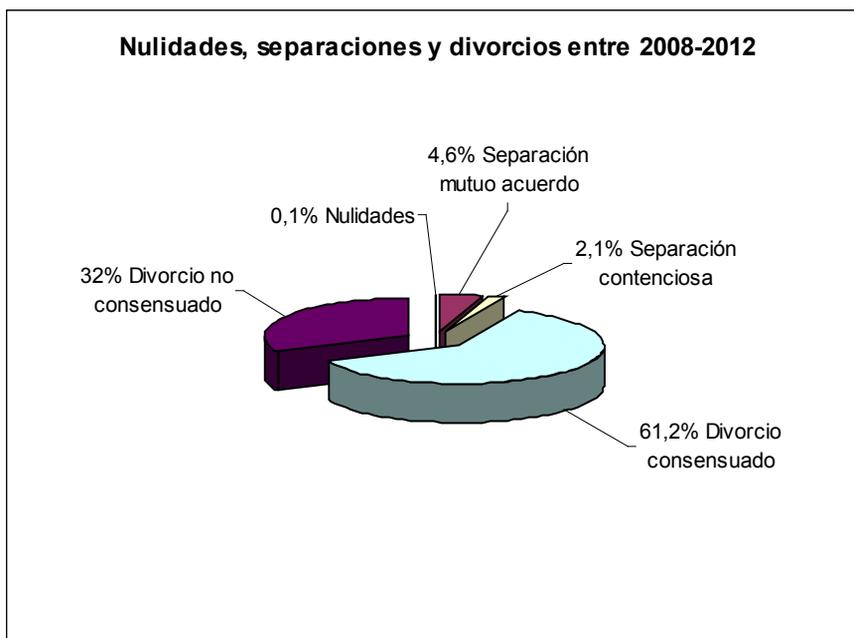
Las dos claves de estos procesos son: 1) el acuerdo o desacuerdo de las partes²¹; y 2) el que el proceso afecte o no a niños. Al igual que con el proceso de oposición, no se trata de hacer un análisis de los referidos procedimientos, sino únicamente examinar las vías para que el derecho del menor a ser escuchado, a que su opinión sea tenida en cuenta y, en definitiva, a que se salvaguarde su superior interés se vean debidamente atendidos.

La consecuencia inmediata del hecho de que una decisión judicial en este ámbito afecte a menores es la intervención, de carácter preceptivo, del Ministerio Fiscal, conforme a lo previsto en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fiscal es llamado al proceso desde el momento en que se advierte que existen menores afectados, incluso ante la solicitud de medidas previas a la presentación de una demanda (las conocidas como «provisionalísimas»).

²¹ Con el fin de facilitar salidas acordadas y evitar que los menores hayan de involucrarse en la tensión que viven sus progenitores y vivir un conflicto de lealtades, se incorporó al ordenamiento español a través de 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, la llamada mediación intrajudicial. El artículo 770, regla 7ª, LEC, contempla la posibilidad de interrupción del procedimiento judicial para que las partes se sometan a un proceso de mediación. La *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, publicada en 2013 por el Consejo General del Poder Judicial, contiene un protocolo específico para la mediación familiar (pp. 41 a 86).

Las estadísticas oficiales²² reflejan un alto índice de litigiosidad en materia matrimonial, aunque más moderado que el quinquenio precedente, y una marcada tendencia de los cónyuges a adoptar soluciones pactadas.

CRISIS FAMILIARES	TOTALES 2008-2012
Nulidades	674
Separación de mutuo acuerdo	25.469
Separación contenciosa	11.504
Divorcio consensuado	340.870
Divorcio no consensuado	178.324

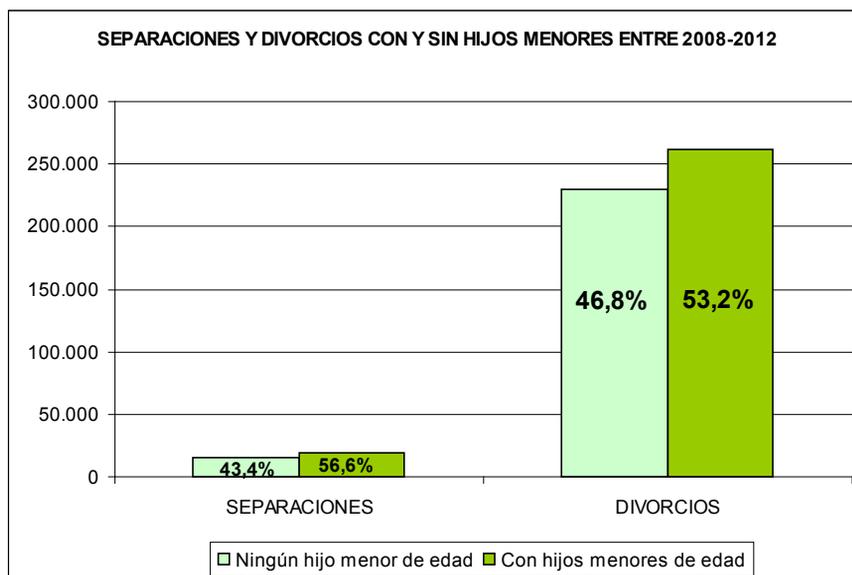


En el siguiente gráfico, dedicado a analizar la presencia de hijos menores en las crisis de familia, se observa que este hecho se produce en más de la mitad de las rupturas. No se dispone de datos sobre cuántos de estos procedimientos son contenciosos y cuántos de mutuo acuerdo.

²² Los gráficos y tablas que siguen han sido elaborados por esta Institución sobre datos del Instituto Nacional de Estadística (INE). [Inbase. Seguridad y Justicia. Estadística de nulidades, separaciones y divorcios].

<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>

El gráfico de nulidades, separaciones y divorcios 2008–2012, incluye los datos estadísticos referidos a procesos matrimoniales de parejas del mismo y de diferente sexo.



Esta realidad se atiende a través de un sistema en el que coexisten juzgados de primera instancia generalistas y especializados en familia, lo que en función de la competencia territorial de los órganos judiciales puede traducirse en un trato desigual, que no debería menoscabar los derechos del niño.

A este respecto, el Consejo General del Poder Judicial señalaba lo siguiente:

La especialización de Juzgados para el conocimiento en exclusividad de determinadas materias..., se puede presentar como una medida adecuada para el logro de una Justicia rápida, eficaz y de calidad que la sociedad española demanda... Efectivamente, el sometimiento del conocimiento y enjuiciamiento de determinadas materias a órganos judiciales cuyo titular, como consecuencia de la especialización de dicho órgano, está en condiciones de poseer una específica y profunda formación y experiencia en esas materias puede constituir, en determinados supuestos, una garantía no sólo de calidad de las resoluciones judiciales sino también de la mayor agilidad con que se dicten y la formación de criterios unitarios al resolver cuestiones idénticas o de la misma índole, lo que se proyecta, en definitiva, a favor de la seguridad jurídica²³.

La especialización no ha de considerarse en términos generales como una ventaja absoluta, sino que debe ponderarse la eventual pérdida de flexibilidad en el conjunto del sistema judicial que puede llevar aparejada. Además, la ventaja que puede proporcionar la generalización de determinados órganos especializados exige contar no sólo con profesionales judiciales bien formados, sino con medios de apoyo suficientes e idóneos²⁴.

No obstante, en un ámbito tan vinculado con los menores, resulta claro que el juzgador requerirá —además de una formación en ámbitos no específicamente jurídicos— de la necesidad de equipos técnicos de apoyo. Si el juzgado no dispone de tales apoyos difícilmente podrá asumir la tarea que la Convención le impone y menos con la necesaria agilidad.

Desde otra óptica, la especialización es también un medio para hacer económicamente más viable el cumplir con los requerimientos relativos al entorno propicio y que inspire confianza al niño.

²³ Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 13 de octubre de 2005, sobre las proposiciones de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia, que reproduce el emitido el 12 de febrero de 2003, p. 9.

²⁴ Así se indica en el Documento *Reforma Judicial en Europa. Parte II. Directrices para la Administración eficaz de la justicia 2012–2013*, elaborado por la Red Europea de Consejos de Justicia, § 15 y 16.

5.2. El rol del niño en estos procesos

Ante una crisis matrimonial, la primera fuente de información que los niños han de tener sobre su situación y sobre las expectativas provendrá de sus progenitores. En un contexto de disputas de pareja existe un riesgo de que en muchos casos dicha información sea parcial y sesgada, en un intento de poner al niño a favor de quien traslada la información. El interés superior del menor, siempre presente en el marco de la responsabilidad parental, se torna, si cabe, más relevante en las situaciones de conflicto familiar. En particular, las autoridades judiciales tienen la responsabilidad de asegurarse de que el menor es consciente de sus derechos de intervenir en el proceso y de que sus opiniones se tengan en cuenta.

Los expertos consultados por esta Institución coinciden en que dicha situación de intento de uso del menor es frecuente, especialmente en los procesos matrimoniales contenciosos, y que la información con la que llegan los niños sobre la situación que les afecta es, por lo general, escasa y confusa. Por ello, entre los retos principales, de jueces, fiscales y equipos técnicos está garantizar que los menores dispongan de una información veraz, completa y objetiva.

La primera actuación que cabe plantear en este tipo de procesos es la solicitud de medidas provisionales previas a la formulación de la demanda (art. 771 LEC). Se trata de una solución procesal pensada para situaciones subjetivas de urgencia, en donde, a priori, no se presume que vaya a existir acuerdo entre los cónyuges. La solicitud puede presentarse sin necesidad de disponer de abogado o procurador. Entre las medidas que cabe solicitar están las referidas a los niños de entrelas previstas en el artículo 103 del Código Civil²⁵.

La norma procesal no parece estar pensando en la escucha del menor en este momento preliminar del proceso. De hecho, se establece que tras la presentación de la solicitud se celebre una comparecencia a la que deberán acudir los cónyuges y el Ministerio Fiscal. Se prevé en este trámite la posibilidad de practicar pruebas cuando resulte necesario, pero la audiencia del menor no es una prueba.

Las exigencias del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 no permiten que pueda excluirse de este ámbito la escucha del menor, aunque en un contexto de medidas provisionales dicha escucha pueda resultar más complicada.

Ciertamente, se trata de una decisión con alcance temporal limitado, pero esto no le resta importancia ni capacidad de afectar a la vida del niño, ya que contra la misma no cabe recurso alguno y sus efectos pueden prolongarse hasta la sentencia definitiva; siendo así que, según el INE, la duración media de los procesos de divorcio en el año 2012 fue de 5,18 meses, y una décima parte de los procedimientos superaron el año de tramitación. Para conciliar esta exigencia con las dificultades de orden práctico cabe admitir que las modalidades de escucha puedan modularse en cuanto a su alcance, pero no respecto del hecho de que debe ser escuchado.

²⁵ Entre estas medidas está «1ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 2ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar..., así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. 3ª Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio... Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad (...).».

Procede ahora examinar las posibilidades de participación del niño en los procesos contenciosos y de mutuo acuerdo:

- En estos procedimientos los tres preceptos fundamentales sobre la escucha son el párrafo 6 del artículo 92 del Código Civil, así como la regla 4ª, párrafo segundo, del artículo 770 y el párrafo 5 del artículo 777, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las claves comunes a los 3 preceptos establecen: 1) se debe oír a los menores que tengan suficiente juicio, y tan solo para el proceso contencioso se establece la edad de 12 años como presunción objetiva de tal situación; 2) la audiencia no se considera un acto inexcusable, sino que se efectuará «cuando se estime necesario», y 3) la iniciativa para realizar esta audiencia puede acordarse de oficio o partir de la petición del fiscal, las partes, miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor.

Esta normativa no concibe la escucha del menor como un derecho, sino como una facultad judicial sujeta al principio de oportunidad. Prueba de ello es que, con preceptos sustancialmente idénticos, los expertos consultados por esta Institución indicaron que las exploraciones de niños en procesos de mutuo acuerdo son escasas. Tales previsiones van más allá de la excepción a este derecho que se establece, con un criterio claramente restrictivo, en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, a tenor del cual «cuando el menor solicite ser oído... la denegación de la audiencia será motivada...». Como puede apreciarse, estamos ante una previsión garantista, no ante la atribución al juez de la posibilidad de no escuchar²⁶.

- En estos procesos, y dejando aparte los casos de nulidad matrimonial, la intervención del Ministerio Fiscal tiene como fundamento la defensa de los intereses de unos afectados que están en una posición de debilidad; en este caso los menores. Cabe preguntarse si esta previsión es suficiente a los efectos de que el niño disponga de asistencia jurídica en el sentido de la Observación General 14, parágrafo 96. La posición institucional del fiscal es la de imparcialidad, lo que no casa bien con una representación de intereses particulares, si bien su obligación de protección del superior interés del menor ha de modular esta construcción de principio.

Conocida a través de la escucha la opinión del niño, el Ministerio Fiscal puede velar en la mayoría de los casos por que sea debidamente tenida en cuenta. De lo contrario, en los casos en que el Ministerio Fiscal no considere que la opinión del niño se corresponde con su interés se produciría una situación de discrepancia, que debería resolverse en la línea apuntada por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General y parágrafo citados, a través de la designación de quien pudiera atender específicamente a sus intereses, lo que en nuestro derecho se articula a través del nombramiento de un defensor judicial. Esta necesidad puede advertirse en cualquier momento del procedimiento, incluida la apelación.

- La capacidad de iniciativa del menor para acceder al juez y al fiscal en el proceso matrimonial dependerá en gran medida de su edad, capacidad de juicio y de la buena (o deficiente) información que le hayan facilitado sus padres. Aunque jueces y fiscales consultados por esta Institución señalan que el acceso de los niños no plantea especiales dificultades prácticas, tanto a través de cartas como de manera directa (acudiendo a las dependencias judiciales y pidiendo ser recibidos), los abogados y representantes de las entidades que trabajan con la infancia no coincidieron en esta impresión. Con independencia del grado de acceso que en cada caso se dé, lo relevante será el método para asegurar que ese acceso se produzca de manera general,

²⁶ Hay también que tener presente lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que establece: «Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: (...) b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido».

temprana —pues de lo contrario no será posible detectar a tiempo eventuales conflictos de intereses— y normalizada como parte de la ordenación del proceso.

- Respecto a los requerimientos relativos 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 no presentan especialidades sobre lo ya dicho en este estudio, dado que se trata de principios transversales. En este ámbito ha de prestarse particular atención al conflicto de lealtades que puede padecer el niño a consecuencia del enfrentamiento de sus progenitores. También resulta significativo a estos efectos, el tipo de proceso elegido, contencioso o de mutuo acuerdo.
- Dado que el menor ha de ser escuchado cuando se adopte una decisión que le afecte en la fase cautelar del proceso, la prudencia para evitar reiteraciones innecesarias de los actos de escucha podría aconsejar no llamar nuevamente al menor cuando las peticiones de las partes sobre las que ha de adoptarse la decisión no difieran en lo sustancial de las adoptadas de forma provisional, salvo que el niño lo pida. Ahora bien, cuando se introduzcan elementos nuevos la opinión del menor no debe ser ajena al debate, con independencia del momento procesal en que se esté.
- En el momento de la toma de decisión, ha de aplicarse la exigencia reforzada para el juzgador en lo que se refiere a su deber de motivar las resoluciones, a la que ya se ha aludido en este estudio; en especial, en lo que se refiere a la justificación de las razones por las que no se ha escuchado al menor —lo que sólo podrá fundamentarse en la falta de juicio propio o en la renuncia del niño— y en lo relativo a las razones que expliquen una decisión que se aparte de la opinión de este. Resulta preciso subrayar aquí que si bien el juez no está vinculado por la opinión del niño sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación. Lo que el menor dice, a la luz de su grado de madurez, ha de integrarse de manera destacada en el proceso de reflexión que debe llevarse a cabo y debe quedar reflejado de forma pormenorizada en la argumentación que sustenta la decisión.
- Como se ha dicho, las normas españolas no prevén que el encargado de adoptar una decisión en este ámbito comunique al niño el resultado del proceso. En estos procesos tal tarea recae primariamente en los padres, aunque en los casos en que el desarrollo del proceso haya puesto de manifiesto que el menor mantiene una opinión distinta a lo decidido, el juez o el fiscal deberían asumir directamente esta tarea.
- La organización familiar acordada tras una ruptura de pareja tiende a ser muy cambiante, especialmente en los casos en que hay niños. El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la modificación de las medidas, «siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas». El trámite variará en función del acuerdo o no de los progenitores. Los procesos matrimoniales contenciosos registran un mayor número de incidentes de ejecución. En estas circunstancias ha de darse por reproducido todo lo indicado respecto de la escucha y participación del niño.

En las jornadas convocadas para la preparación del presente estudio, se plantearon las dificultades que entraña en ocasiones la ejecución de las medidas adoptadas respecto de los menores, habitualmente adolescentes, cuando estos mantienen una voluntad renuente. Las soluciones legales al incumplimiento de las medidas (art. 776 LEC) no contemplan este su-

puesto. La solución para estos casos, más que en considerar medidas coercitivas que pueden resultar desproporcionadas cuando no inviables, ha de estar en la posibilidad de que el menor acceda a plantear su oposición a las medidas que le afectan y las razones en que se basa. La norma permite que no solo los progenitores sino también el Ministerio Fiscal inste esta modificación de medidas, pero para que ello constituya una solución efectiva, el niño o adolescente debe tener la confianza de que su opinión será escuchada y atendida. Para ello será esencial la experiencia que haya acumulado en el proceso precedente.

6. CONCLUSIONES

1. La Convención de Derechos del Niño constituye un cambio sustancial del enfoque sobre la posición de los menores con respecto a las decisiones que les afecten. Se reconoce que estos tienen opiniones propias, que deben ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez y que, por ello, están llamados a participar en los procesos de adopción de tales decisiones; especialmente en todas las actuaciones administrativas y judiciales.
2. El derecho a ser escuchado forma parte del núcleo fundamental de la Convención, junto con el derecho a la vida, a la no discriminación y el derecho a que el interés superior del menor sea una consideración primordial. Además de ello, el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tomen en serio debe también entenderse como un principio esencial para la determinación del mejor interés del niño, considerado un interés superior.
3. El titular del derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta es cualquier niño, por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor.
4. Siempre deberá producirse la escucha del menor salvo renuncia de este o constatación de la ausencia de juicio propio. No obstante, debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio. La aplicación automática de criterios de edad para inhibir el acto de escucha resulta improcedente.
5. Ante la existencia de un riesgo para el niño derivado del hecho de manifestar su opinión, la configuración del derecho a la escucha como renunciable únicamente por voluntad del niño, conlleva que haya que prever una estrategia de protección pero no la supresión de la audiencia. Otro tanto cabe decir de las medidas para prevenir la victimización que podría producirse por la reiteración de actos de escucha.
6. Para el enjuiciamiento de los dos procesos examinados en este estudio coexisten juzgados de primera instancia generalistas y especializados, estos últimos denominados «juzgados de familia». En un ámbito tan vinculado con los menores, el juzgador requerirá, además de una formación en ámbitos no específicamente jurídicos, disponer de equipos técnicos de apoyo. También ha de tenerse en cuenta que en órganos generalistas resulta más difícil disponer de espacios adecuados y de protocolos de actuación para facilitar que el menor pueda sentirse cómodo. La extensión de los órganos judiciales especializados en este ámbito aseguraría un tratamiento más adecuado y ágil en el conjunto del territorio.
7. La fórmula legal española, «derecho a ser oído», difiere de la utilizada por la Convención, que pone el acento en la escucha, puesto que en la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño.

8. 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.
9. 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.
10. En la actuación de las entidades de protección, los menores no reciben por lo general una información suficiente sobre su situación y expectativas de evolución de la misma. Resulta, por tanto, difícil que un niño, que tenga discrepancias sobre cómo se ha llevado a cabo la escucha o que, incluso, disienta de la pertinencia de las medidas de protección acordadas, pueda plantear esta discrepancia ante la autoridad judicial.
11. La dificultad que presenta para el menor plantear ante la autoridad judicial sus discrepancias con las medidas administrativas que se puedan haber adoptado por una entidad de protección puede resolverse por diferentes vías: 1) Designación de un «defensor judicial» tras el acceso directo del niño al juez; 2) asunción por el Ministerio Fiscal de la representación procesal del menor, y 3) que se facilite al menor un abogado de oficio. Atendiendo a la facilidad de acceso para el menor, y a la conveniencia de no desdibujar el perfil institucional del Ministerio Fiscal, la tercera de las opciones parece la más viable.
12. Para los procesos de familia, la función de garantizar el acceso al proceso de las opiniones del menor puede corresponder al Ministerio Fiscal. Pero en los casos en que el fiscal y el niño discrepen la solución más adecuada puede ser el nombramiento de un «defensor judicial». Esta necesidad puede advertirse en cualquier momento del procedimiento, incluida la apelación.
13. En las normas procesales españolas no se detalla la forma en que debe ejercitarse el derecho de audiencia. Solo se hacen referencias genéricas a que el niño sea oído en condiciones idóneas para la salvaguardia de sus intereses, sin interferencias de otras personas o a la necesidad de que estas actuaciones se desarrollen en un entorno adecuado. Desde el punto de vista práctico no existen protocolos comunes para la realización de la audiencia del menor.
14. Se ha constatado una tendencia a trasladar al menor que su opinión no es decisiva para la resolución que finalmente se adopte, con el objeto de aliviarle del peso de la responsabilidad. Sin embargo, la Convención aboga por poner en valor la importancia de lo que el niño piensa sobre aquello que le afecta. Aunque el juez ha de ponderar todos los derechos en conflicto y, en ese sentido, la decisión del menor puede acabar no siendo determinante, la solución no pasa por banalizar el acto de la escucha al menor, ni sus consecuencias, sino por hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego.
15. El cambio de concepción sobre la posición del niño en el proceso se traduce en una exigencia reforzada para el juzgador en su deber de motivar las resoluciones, especialmente cuando se falle contra la opinión del menor o se deban garantizar otros intereses objeto también de especial protección.
16. La comunicación al niño de la decisión adoptada, importante para que este pueda reaccionar, e incluso recurrir si lo desea, no se contempla en las normas de derecho interno. En buena medida ello es así porque las normas procesales pivotan sobre la condición jurídica de parte. El menor sólo tiene esa consideración cuando dispone de un «defensor judicial», figura en principio pensada como respuesta a un conflicto de intereses y no como vía ordinaria para reaccionar o recurrir.

17. El problema de la duración asumible para un procedimiento de protección conduce a examinar el modelo de procedimiento. El sistema legal de protección está basado en unos organismos administrativos con medios especializados y potestades muy contundentes y difícilmente reversibles por el impacto que tienen en la vida del niño. Frente a ello la adopción de medidas cautelares no se contempla en la práctica, puesto que se entiende que se anticiparía la decisión de fondo, sin disponer de un conocimiento suficiente de la cuestión. Ello lleva a plantearse si sería conveniente un cambio de modelo en que la jurisdicción deba supervisar y ratificar o modular, transcurrido un plazo prudente, la resolución de desamparo adoptada por la Administración.
18. El ordenamiento debe prever vías específicas de recurso cuando el niño considere que su derecho a ser escuchado y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones no ha sido satisfecho.

7. RECOMENDACIONES

Para llevar a cabo las reformas legislativas y organizativas necesarias en materia civil, procesal y de protección de menores:

7.1. Recomendaciones a la Secretaría de Estado de Justicia

1. Configurar la escucha del menor como un derecho de éste, no sujeto a criterios de necesidad u oportunidad; ello supone oír al niño y tomar en consideración lo que dice.
2. Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del niño a ser escuchado, sustituyéndolos por la presunción de la capacidad del menor para formarse un juicio propio.
3. Establecer que la apreciación de falta de madurez a estos efectos debe venir sustentada por un informe técnico del equipo psicosocial adscrito al juzgado, que deberá tener presente el enfoque al respecto de la Convención y el Comité de Derechos del Niño.
4. Introducir el beneficio de justicia gratuita a favor de los menores que, con independencia de sus progenitores o tutores, deseen hacer valer sus opiniones en procesos en que se ventilen cuestiones que les afecten.
5. En línea con lo establecido en el artículo 5 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de Derechos de los Niños, reconocer al menor nuevos derechos de participación en los procesos que versen sobre asuntos que les afecten y, en particular, la posibilidad de ejercitar de manera total o parcial los derechos de las partes. Asimismo, modificar la regulación del defensor judicial, para facilitar el acceso y representación del menor en el proceso.
6. Introducir para los procesos de familia la previsión de nombramiento de un defensor judicial cuando el fiscal y el menor discrepen sobre lo que conviene a su superior interés.
7. Incorporar los principios que han de regir los actos de audiencia del menor; en particular sobre la confidencialidad del acto, la forma de realizarlo, el entorno en que ha de desarrollarse, la relevancia que cabe otorgar a la opinión del menor o la capacidad del niño para abordar las cuestiones que considere pertinentes.
8. Establecer un deber de motivación reforzado de las decisiones judiciales, particularmente cuando el juez se aparte de la opinión manifestada por el menor o cuando no haya procedido a su escucha.
9. Contemplar la comunicación al niño de la decisión judicial adoptada en aquello que le afecte. Asimismo, otorgarle vías específicas de recurso, aun cuando no hubiera sido parte del proceso de instancia.

10. Promover la generalización de juzgados de primera instancia como juzgados de familia especializados. Asimismo, en cooperación con las Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias sobre medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, promover la adaptación de espacios a las especiales necesidades de los niños y la adscripción de equipo psicosociales propios a estos juzgados especializados.
11. Reforzar las dotaciones del Ministerio Fiscal al objeto de que pueda incrementar el número de fiscales especializados en el ámbito civil de menores.
12. Examinar el modelo de procedimiento de oposición a las medidas administrativas de protección al objeto de reducir sensiblemente los tiempos de tramitación y, en caso de que ello no se considere posible sin merma de los derechos de las partes, variar dicho modelo hacia un sistema de examen y ratificación judicial obligatoria de las decisiones administrativas.

7.2. Recomendaciones a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad

1. Configurar la escucha del menor como un derecho de este, no sujeto a criterios de necesidad u oportunidad; ello supone oír al niño y tomar en consideración lo que dice.
2. Disponer la remisión al Ministerio Fiscal del expediente administrativo completo de los menores sometidos a medidas de protección en el momento en que se le comunique la resolución de desamparo.
3. Impulsar, en cooperación con la Fiscalía General del Estado y con Entidades Públicas de Protección de Menores, las medidas necesarias para facilitar el acceso telemático de los fiscales a los expedientes administrativos y a los informes de seguimiento de los menores sometidos a medidas de protección.
4. Promover, en coordinación con el Ministerio Fiscal y la Entidades Públicas de Protección de Menores, la adopción de un protocolo común para la armonización de los expedientes de los menores, con respecto al contenido mínimo de los informes, documentos a incorporar, actuaciones de información al menor, acreditación de la escucha del menor por las autoridades administrativas, opiniones del menor y demás incidencias que hayan de tener necesario reflejo en dichos expedientes.
5. Establecer, en coordinación con el Ministerio de Justicia, el acceso general de todos los menores sometidos a medidas de protección a la asistencia jurídica gratuita desde el momento de su declaración en desamparo.

ANEXOS

Anexo I: Lista abierta de cuestiones a considerar en las jornadas preparatorias de este estudio

I. Garantías judiciales con relación a las medidas de protección de menores en situación de desamparo

A. Cuestiones generales

- A.1. Derecho del menor a ser informado y escuchado (art. 12 CDN y art. 9 LO 1/1996): Incidencia de la edad.
- ¿En qué momento el menor recibe información sobre el procedimiento que le afecta, tanto en vía administrativa como judicial?
 - ¿Cómo y por quién se facilita esta información? ¿De forma verbal y/o escrita? Posibles guías de información y orientación sobre las vías adecuadas para la defensa de sus intereses.
 - ¿De qué forma y en qué momento puede el menor solicitar entrevista con el juez, fiscal o equipo técnico?
 - Acceso del menor a un abogado.
 - Forma en que se escucha y orienta al menor por parte del fiscal, el técnico del equipo y, en su caso, el abogado.
 - Incidencia de circunstancias especiales.
- A.2. La superior vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal [EOMF] y art. 174 CC).
- ¿Qué documentación remite la Administración junto con la resolución de desamparo y otras posibles medidas que afecten al menor? ¿Qué otra documentación sería conveniente poner a disposición del fiscal para que este pueda valorar la situación del menor?
 - ¿Cuándo y cómo se entrevista con el menor, con los padres u otros familiares? ¿De oficio o a solicitud de parte?

- ¿Qué tipo de información y orientación ofrece a cada uno de ellos?
- Comprobación semestral de la situación del menor. ¿Cómo se realiza el seguimiento de esta situación? Informes, entrevistas, visitas.
- ¿Cuáles son las circunstancias que se notifican al fiscal sobre la situación y evolución del menor? (Modificación de visitas, ofrecimiento de acogimiento en familia extensa, cambio de centro, etc.).
- Tipo y frecuencia de las medidas propuestas al juez desde la Fiscalía.

A.3. Interés superior del menor: Cómo se justifica y se motiva su existencia en cada caso concreto.

B. El proceso del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

B.1. Inicio del proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

- ¿Qué información y orientación jurídica previa reciben los padres, los menores y otros familiares, en su caso?
- Escrito inicial (artículo 780.2 LEC). Requisitos formales: Necesidad de procurador y abogado, ¿Quién puede presentarlo? (padres, menor, otros familiares, acogedores).
- Cumplimiento del plazo de 20 días de remisión del expediente administrativo al Juzgado competente.
- Presentación de la demanda. Requisitos formales: Necesidad de procurador y abogado. Capacidad del menor para oponerse. Posibilidad de designación del defensor judicial. Capacidad de otros familiares y acogedores. Posibilidad de oposición a las medidas y su papel en el proceso.

B.2. Cuestiones que se suscitan en el proceso de oposición.

- Tramitación preferente e incidencia de posibles dilaciones.
- Pruebas de oficio más frecuentemente practicadas.
- Oposición a medidas concretas (régimen de visitas, cambio de medida acogimiento familiar/residencial, cambio de centro, etc.).
 - Papel del fiscal (oposición).
 - Juzgado que conoce del incidente. En la práctica ¿se produce dispersión? En el caso de que así sea ¿qué mecanismos existen para detectarlo y evitarlo?
 - Tiempo de tramitación.
 - Prejudicialidad penal.
 - Procesos ulteriores por cambio de circunstancias: casos y plazos.

B.3. Equipos técnicos de Juzgado y de Fiscalía.

- ¿Qué papel desempeñan en el proceso?
- Perfil profesional de los integrantes de estos equipos.
- Suficiencia de la dotación personal y material en relación con la carga de trabajo.
- Cooperación con equipos técnicos de la Administración.
- Tiempo medio para la citación a entrevista y para la elaboración del informe.
- Tipo de evaluación que se realiza: psicológica, social, emocional, física, cognitiva, etcétera. Protocolos de actuación.
- ¿Cómo y dónde se realiza la exploración y entrevista del menor? Duración.
- Número de técnicos que evalúan al menor, en la misma entrevista o en varias.
- Pautas para valorar las declaraciones del menor.
- Informes de parte: valoración.

B.4. Entorno adecuado para la audiencia del menor ante jueces, fiscales y equipos técnicos. Posibilidad de entrevista conjunta.

II. Participación de los menores en los procesos matrimoniales

A. Cuestiones generales

A.1. Derecho del menor a ser informado y escuchado: Incidencia de la edad.

- El papel de los padres.
- ¿En qué momento el menor recibe información sobre el procedimiento que le afecta?
- ¿Cómo y por quién se facilita esta información? ¿De forma verbal o escrita? Posibles guías de información.
- ¿De qué forma y en qué momento puede el menor solicitar entrevista con el juez, fiscal o equipo técnico? ¿Antes y después del trámite formal?
- Incidencia de circunstancias especiales.

A.2. Actuación del Ministerio Fiscal en estos procesos civiles ex artículo 3 EOMF y artículo 749.2 LEC.

- ¿Cuándo y cómo se entrevista con el menor, con los padres u otros familiares? ¿De oficio o a solicitud de parte?
- ¿Qué tipo de información y orientación ofrece la Fiscalía al menor?

A.3. Interés superior del menor: Cómo se justifica y se motiva su existencia en cada caso concreto.

B. La audiencia de los menores

B.1. La intervención del menor en la adopción de medidas provisionales previas y coetáneas a la demanda.

B.2. La audiencia del menor por el juez (770.4^a, párrafo 2º LEC).

- ¿En qué momento procesal se celebra la audiencia del menor? ¿En ese momento el juez cuenta con el informe del equipo técnico?
- ¿En qué casos se recaba el auxilio de técnicos? ¿Están presentes el fiscal y/o el secretario judicial? ¿La celebración de una audiencia conjunta del menor junto al juez, el fiscal y el técnico del equipo podría ayudar al juez a tener una visión más global de la situación del menor?
- ¿Queda constancia escrita o por audio/video de la audiencia del menor? Acceso de las partes.
- ¿Existe un entorno adecuado para la audiencia del menor?
- ¿Se considera necesaria una preparación específica del juez y del fiscal para entrevistarse con los menores? ¿Existen protocolos de actuación al respecto?

B.3. El «dictamen de especialistas debidamente cualificados» del artículo 92.9 CC y el informe del equipo técnico judicial sobre menores. (art. 770.4^a LEC).

- ¿Qué papel desempeñan en el proceso?
- Perfil profesional de los integrantes de estos equipos.
- Suficiencia de la dotación personal y material en relación con la carga de trabajo.
- Consideración de otros informes técnicos. ¿Cuáles? Tiempo medio para citación a la entrevista y para la elaboración del informe.
- Tipo de evaluación que se realiza: psicológica, social, emocional, física, cognitiva, etcétera. Protocolos de actuación.
- ¿Cómo y dónde se realiza la exploración y entrevista del menor? Duración.
- Número de técnicos que evalúan al menor. ¿En la misma entrevista o en varias?
- Pautas para valorar las declaraciones del menor.
- Informes de parte: valoración.
- Valoración por el juez de los informes remitidos por el punto de encuentro que supervisa el régimen de visitas.

B.4. Especialidades de la separación y divorcio de mutuo acuerdo (art. 777.5 LEC en conexión con el art. 92.6 CC).

- ¿En qué supuestos y a qué edad se pregunta al menor su opinión?
- ¿Cómo puede el menor solicitar ser oído en el proceso?

B.5. Especialidades de la mediación familiar (art. 770.7 LEC).

B.6. Tramitación preferente e incidencia de posibles dilaciones. Tiempo medio de tramitación.

Anexo II: Participantes en las jornadas de trabajo preparatorias del estudio

PARTICIPANTES	PUESTO	JORNADA
Lourdes Acero Rico	Fundación Meniños	1
Pascual Aguelo Navarro	Abogado. Consejo General de la Abogacía Española	1
M.ª Jesús Alcaide Lagares	Psicóloga adscrita a los juzgados de familia (Las Palmas)	2
Gloria Alonso Ballesteros	Decana de la Sección Civil de la Fiscalía de Madrid	3
Irene Arce Fernández	Letrada del Menor. Principado de Asturias	2
Concepción Ballesteros Vicente	Secretaría Técnica. Plataforma de Infancia	1
Soledad Becerril	Defensora del Pueblo	*
Consuelo Benavente Palop	Vicecoordinadora de la Sección de Menores de la Fiscalía de Valencia	3
Juana M.ª Biezma López	Psicóloga adscrita a juzgado de familia. Navarra	2
Malena Burguera Garcías	Técnica del Área de Seguridad y Justicia. Defensor del Pueblo	*
María Isabel Cadenas Basoa	Magistrada. Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jerez de la Frontera	4
Cristina Cañadas Pérez-Ugena	Técnica del Área de Sanidad y Política Social. Defensor del Pueblo	*
L. Carlos Chana García	Cruz Roja	1
Concepció Ferrer i Casals	Adjunta Segunda del Defensor del Pueblo	*
Isabel Gómez Reyes	Abogada. Consejo General de la Abogacía Española	1
M.ª Dolores González González	Psicóloga. Instituto Medicina Legal en Ourense	2
Sergio Gutiérrez Mateo de Domingo	Fundación Diagrama	1
Amelia Hernández Rogado	Aldeas Infantiles SOS España	1
Rosa M.ª Hernando García	Fiscal. Sección de Menores en protección. Fiscalía de Madrid	3
Vicente José Ibáñez Valverde	Psicólogo adscrito a los Juzgados de Familia de la Comunidad de Madrid	2
Andrés Jiménez Rodríguez	Técnico Jefe del Área de Seguridad y Justicia. Defensor del Pueblo	*
Ana María Lanuza García	Decana de la Sección Civil de la Fiscalía de Menores de Valencia	3
Carolina Macías Reyes	Abogada. Consejo General de la Abogacía Española	1
Serafín Martín Corral	Coordinador Equipos Psicosociales. Dirección de la Administración de Justicia. Gobierno Vasco	2
Silvia Martín Honrubia	Técnica del Área de Sanidad y Política Social. Defensor del Pueblo	*
M.ª Teresa P. S. Martín Nájera	Magistrada. Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Madrid	4
Bartolomé José Martínez García	Técnico Jefe del Área de Sanidad y Política Social. Defensor del Pueblo	*
Marta Martínez Sierra	Abogada. Consejo General de la Abogacía Española	1
Leticia Mata Mayrand	Fundación ANAR	1

PARTICIPANTES	PUESTO	JORNADA
Elena Mayor Rodrigo	Magistrada y Asesora del Gabinete del Secretario de Estado de Justicia	2
Luis Carlos Nieto García	Magistrado. Juzgado de Menores n.º 1 de Ávila	4
José María Paz Rubio	Fiscal de Sala. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo	3
Filomena Peláez Solís	Abogada. Consejo General de la Abogacía Española	1
Juan Antonio Ponce Garrido	Jefe del Servicio de Protección Jurídica del Menor. Junta de Andalucía	2
María Luisa Roldán García	Magistrada. Jefa de la Sección del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial	4
Pilar Ruiz Rodríguez	Técnico del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado de Familia de Logroño. La Rioja	2
Itziar San José Martínez	Psicóloga adscrita a la Fiscalía de Menores. Aragón	2
Benito Soriano Ibáñez	Fiscal Delegado de Menores. Fiscalía Provincial de Teruel	3
Margarita Tortajada	Consejería de Gobernación y Justicia. Valencia	2
Esther Vallbona Borgas	Coordinadora del Equipo de Asesoramiento Técnico Civil de Barcelona-Comarcas. Departamento de Justicia Generalitat de Cataluña	2
Teresa Velasco Castrillo	Trabajadora Social del Instituto de Medicina Legal. Cantabria	2
María Ángeles Velasco García	Magistrada. Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid. Letrada del Consejo General del Poder Judicial	4
María Dolores Viñas Maestre	Magistrada. Sección n.º 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona	4

JORNADAS

* Asistente a las cuatro jornadas.

- 1 Jornada con representantes de la abogacía y de entidades de la sociedad civil que trabajan con la infancia, celebrada el 2 de octubre de 2013.
- 2 Jornada con representantes de técnicos de los equipos psicosociales adscritos a órganos judiciales, celebrada el 4 de octubre de 2013.
- 3 Jornada con representantes de la Fiscalía General del Estado, celebrada el 8 de octubre de 2013.
- 4 Jornada con magistrados, designados por el Consejo General del Poder Judicial, celebrada el 28 de octubre de 2013.



www.defensordelpueblo.es