

La posición del menor en el
ordenamiento y el ejercicio de sus
derechos fundamentales. Especial
referencia a los supuestos conflictivos
en el ámbito del Derecho de familia

*The position of the child in the
Spanish law and the exercise of its
fundamental rights. Special reference
to the cases of conflict in family law*

por

BEATRIZ VILA RAMOS
Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el *status* social del niño; en el ámbito jurídico este hecho tiene reflejo en el interés por dotar al menor de un adecuado marco de protección de sus derechos, re-enfocando la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia, confiriendo al menor un creciente protagonismo socio jurídico reconociéndole como sujeto pleno de derechos. Esta modificación supone una transformación del enfoque tradicional proteccionista, donde al menor se le asigna un papel pasivo de cuidados y atenciones de los adultos, para pasar a ser concebido como

sujeto activo llamado a participar en las decisiones que forman y conforman su personalidad.

ABSTRACT: The social and cultural changes that have taken place in our society, have transformed child's social status; in legal terms, these changes have raised an interest in endowing the minor with a suitable protection framework for their rights, as well as they has refocused the structure of childhood human rights by granting underage citizens an increasingly social and legal leading role as full right subjects. This transfiguration entails a turnabout in the traditional protectionist approach, in which the child used to play just a passive role, object of adults' care and attention, and they have begun to be conceived as active subjects participating in the decisions that form and shape their personality.

PALABRAS CLAVE: Menor. Derechos fundamentales. Divorcio. Interés del menor. Derechos procesales del menor.

KEY WORDS: *Child. Fundamental rights. Divorce. Child's interest. Procedure rights of child's.*

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR. ESTADO DE LA CUESTIÓN.—II. LA POSICIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—III. LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA LA ACTUACIÓN DEL MENOR Y SOBRE EL MENOR: 1. LA CAPACIDAD NATURAL DE OBRAR DEL MENOR. EL AUXILIO DE PERITOS Y SU PROBLEMÁTICA. 2. EL INTERÉS DEL MENOR. 3. EL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA.—IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR Y EL ROL DEL MENOR.

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La preocupación por la infancia en el ámbito internacional aparece en declaraciones y convenios internacionales desde principios del siglo XX, la Carta de los Derecho del Niño aprobada el 26 de diciembre de 1924 por la Sociedad de Naciones reunida en Ginebra es sin duda un texto histórico que reconoce por primera vez la existencia de derechos específicos para los niños y niñas¹; años más tarde en noviembre de 1959, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución (XIV) aprobaría la declaración de los Derechos del Niño, pero no será hasta 1989 cuando se da un salto cualitativo al aprobar un texto normativo con vocación universal, coercitivo y fuerza

vinculante para los Estados parte² (LIÑÁN GARCÍA, 2014, 3), la Convención sobre los Derechos del Niño³. En la resolución 44/25 de 20 de noviembre 1989 por la que fue adoptada, se considera a los niños⁴ (RAVETLLAT BALLESTÉ, 2007, 80) como población especialmente vulnerable ante las agresiones sufridas, y requiere para ellos una protección y asistencia especial así como la capacidad para participar en la toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten a su persona, estableciendo una amplia lista de las obligaciones que los Estados deben asumir para con los niños⁵.

En el ámbito nacional, la Constitución Española configura como fundamento del orden jurídico y de la paz social la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), con la consiguiente obligación por parte del Estado de promocionar y garantizar los derechos y libertades fundamentales (art. 9.2 CE) de todos, también de los menores. Así mismo y al amparo del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y del artículo 39 de la Constitución, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por los derechos del menor, se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad. Con ello la Constitución Española confiere rango constitucional no solo a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no se mencione expresamente⁶ (LANZAROT BERROCAL, 2017 270), también a la obligación del cumplimiento de los principios enunciados de los poderes públicos en relación con el menor.

A pesar de que la normativa en el contexto internacional de protección al menor se aprueba a comienzos del siglo XX, y de que los principios básicos de la Constitución Española pudieran referirse también al menor, no será hasta 1984 cuando en España se inicia de la mano de la normativa internacional, a través de la firma del instrumento de ratificación del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de menores y establecimiento de custodia⁷, una regulación específica de los menores. Podemos establecer entonces, como fecha de inicio de esta transformación en la visión del menor en España los años noventa, pues es en 1990 cuando las Cortes Españolas ratifican la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el 5 de diciembre de 1997 el convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos del Niño⁸. Desde ese momento, el escenario social y la representación de los niños, niñas y adolescentes se ha ido adecuando a ese nuevo papel de ciudadanos, sujetos sociales y de derechos, asumiendo un papel más activo en la sociedad europea^{9, 10}.

En cumplimiento de ese mandato el legislador nacional ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor, configurando un nuevo marco jurídico no solo de protección de la infancia por parte de los poderes públicos, también de garantía a su autonomía.

Este marco jurídico social se proyecta en España en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, que sin duda supone un avance cuantitativo y cualitativo en el ejercicio de los derechos del menor; su preámbulo establece: «El ordenamiento jurídico va reflejando una concepción de los menores de edad 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».

Transcurridos 20 años desde la aprobación de la citada norma se han producido importantes cambios sociales y en la legislación, especialmente de la Unión Europea¹¹, que inciden en la situación de los menores y demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica¹², lo que ha dado lugar en España a la aprobación de dos normas en 2015 que afectan a la situación del menor y a las cuestiones tratadas en el presente trabajo.

El 22 de julio de 2015 se aprueba la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio que, siguiendo las recomendaciones de diferentes informes¹³ introduce modificaciones fundamentales en el estatuto del menor. De conformidad con las propuestas y recomendaciones, la citada ley de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en ámbitos considerados como materia orgánica, pues inciden en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución. La intención principal de la norma no es otra que regular los instrumentos que garantizan a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado¹⁴ (GONZÁLEZ DEL CAMPO, F. A. 2017, 597; VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 36) sirviendo de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores¹⁵ (CABEDO MALLOL, V. 2016, 82), con independencia de su situación administrativa, en caso de extranjeros. Para ello, mediante dos artículos y tres disposiciones finales, se procede a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones para la protección de los menores.

En el artículo primero se establecen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el segundo, se determinan las modificaciones que afectan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); en la disposición final primera se recogen las modificaciones correspondientes a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante Ley Orgánica del Poder Judicial; en la disposición final segunda se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en la disposición final tercera se modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El 29 de julio de 2015 se publica en el BOE la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adoles-

cencia, que modifica de nuevo la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y otras disposiciones que afectan al régimen jurídico del menor¹⁶. Tal y como indica el preámbulo de la ley, el objetivo fundamental de su aprobación es continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado¹⁷ (MÚRTULA LAFUENTE, V., 2017,150), siendo referencia de la legislación autonómica en estos aspectos. Se introduce un nuevo capítulo III en el título I de la LOPJM con la rúbrica «Deberes del menor» en el que en cuatro artículos, se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular¹⁸ (VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 34).

Este es el estado de la cuestión respecto al menor en el ámbito normativo. Se reconoce y regula un status jurídico particular del menor, del que es a la par, sujeto de protección como menor por la normativa y las organizaciones nacionales e internacionales, pero también sujeto con autonomía jurídica para poder ejercitar derechos de los que es titular en aras a la formación de su personalidad.

La problemática respecto a los derechos del menor parecen entonces situarse, al menos en el terreno teórico, no en la titularidad de los derechos sino en el ejercicio de los mismos por los menores. Esta «nueva» concepción del menor que le reconoce autonomía, aunque limitada, como titular de derechos, supone también la necesidad de replantearnos la esencia y significado de la minoría de edad. ¿Estamos realmente ante una nueva concepción de la minoría de edad? ¿Se trata solo de reconocer una participación activa? ¿Un ejercicio de los derechos por los menores de edad? ¿Una transformación en el significado de la capacidad de obrar?

La Convención de los Derechos del Niño define al niño como «todo ser humano por debajo de la edad de 18 años a menos que, según la ley aplicable al niño, la mayoría se alcance antes». En consonancia con el artículo 12 de la Constitución Española (CE), el artículo 315 del Código Civil (CC) establece que la mayoría de edad empieza a los 18 años cumplidos, a no ser que el menor sea emancipado, pues en ese caso le serán de aplicación las especialidades reflejadas en el Código Civil para esa situación. Solo una precisión más al respecto, en España y en la legislación de referencia al menor, se engloba en el concepto de menor a todos aquellos que no alcancen los 18 años, sin distinción jurídica (o eso vamos a tratar de establecer) entre un menor de 4 años y un menor de 15.

II. LA POSICIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con la mayoría de edad la persona alcanza la plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, que se suma a la capacidad jurídica de la que se es titular desde el momento del nacimiento (arts. 29 y 30 del Código Civil), por lo que debería entenderse que a la aptitud de tenencia y goce de derechos y la titulari-

dad de las obligaciones, se añade la capacidad de ejercicio de los mismos. Sin embargo, cuando se trata del menor de edad pareciera que la situación varía.

En la regulación originaria del Código Civil se equiparaba la minoría de edad con la incapacidad, en general, por razón de edad, y su rasgo específico era la consideración general de los menores como «incapaces» de actuar por sí solos en los actos de la vida civil¹⁹ (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2017, 486) o en general en cualesquiera otros que afectasen al ámbito jurídico. Esta situación producía la necesidad de nombrar unos representantes que suplieran la incapacidad del menor, quedando los menores al margen de las decisiones que les afectaban. A tenor de la normativa aprobada hasta la fecha la consideración jurídica del menor ha sido modificada y «ha pasado de ser un sujeto sometido a la patria potestad y por tanto, carente de poder de decisión, al ser sus progenitores quienes guiaban y controlaban su actuación en todos los sentidos, a ser un sujeto con mayor protagonismo que debe ser oído, escuchado y consultado en las actuaciones que se desarrollen en torno a su persona ya sea: en el ámbito social, familiar, escolar o patrimonial»²⁰ (VERDERA IZQUIERDO, B., 2017, 519). La legislación aprobada hasta ahora ha puesto en marcha «una nueva filosofía sobre el menor para otorgarle un mayor protagonismo y reconocer el papel trascendental que este desempeña en la sociedad»²¹ (LIÑÁN GARCÍA, A., 2014, 9).

En el ámbito procesal pareciera sin embargo que los menores no gozan de capacidad procesal hasta que no alcanzan la mayoría de edad, aunque «el artículo 7.2 LEC permite que incluso quienes no ostentan la plena capacidad procesal puedan comparecer asistidos, autorizados, habilitados o con la representación del defensor exigido por la ley. Pareciera que la infancia y adolescencia desaparecen del panorama procesal y en definitiva, de todo proceso, puesto que el estudio del proceso civil se aborda con pretensiones generalistas»²² (DELGADO CASTRO, J., 2016, 9). De todas formas, se les permite actuar directamente sin representación en algunas ocasiones (art. 158, 160.3, 162.2.1 y 167 del Código Civil), expresamente así se indica en el artículo 162 del Código Civil²³, y en general siempre que sus actos tienen relación con los derechos de la personalidad. En esta línea el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) reformada por las leyes comentadas en el epígrafe previo establece en su artículo 2.1 que: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». Con esta referencia, o bien nos replanteamos el concepto de capacidad de obrar, lo que sin duda es complejo, o bien reconocemos un cierto grado de autonomía en la teórica «no» capacidad de obrar del menor, o en la clásica interpretación de la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito jurídico.

A la luz de estas observaciones creemos que no es posible hoy afirmar que los menores tengan capacidad jurídica pero no capacidad de obrar, pues esta se

haya limitada pero no es inexistente; los menores carecen de capacidad de obrar en el más amplio sentido, pero su actividad no está completamente limitada a los dictámenes/opiniones/criterios de quienes ostenten la patria potestad o, en su caso, si corresponde, a lo que determinen las administraciones públicas²⁴ (VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 32). La legislación otorga cada vez mayor peso a la autonomía del menor en el ejercicio de sus derechos, tomando en consideración sus condiciones de madurez y otorgándole protagonismo frente a otros intereses o derechos en juego, potenciado así el libre desarrollo de su personalidad; ese es el cambio en el estatuto jurídico del menor. Ahora bien, aunque la normativa precise la titularidad de derechos del menor, solo podrá ejercitarlos en mayor o menor grado según se aprecie su nivel de madurez; en el mismo sentido, no se puede negar que el menor posee una capacidad de obrar progresiva, que conforme a su edad y grado de madurez adquiere progresivamente²⁵ (LINÁN GARCÍA, A, 2014, 12).

En definitiva, podemos afirmar que el menor tiene capacidad de obrar en defensa, interés y en el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación. Esta afirmación no es una postura doctrinal, es una realidad jurídica que se manifiesta fundamentalmente en el ejercicio de los derechos reconocidos no solo por la propia ley del menor, también por la jurisprudencia²⁶.

Autonomía y protección son pues los pilares que sustentan el estatuto jurídico del menor en la actualidad²⁷ (VERDERA IZQUIERDO, B., 2017, 520). Autonomía, que viene a garantizar que ejercitará progresivamente sus derechos y la participación activa en los asuntos que le afectan evolucionando en función de la adquisición de mayor madurez; protección, que garantiza que el menor tome las mejores decisiones para permitir su desarrollo. Desde este enfoque vamos a analizar como es el papel del menor en el ejercicio de sus derechos y específicamente, en el ejercicio de los mismos en los conflictos en el ámbito familiar y especialmente en el establecimiento del régimen de visitas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño proclama como derechos que atribuye al propio menor: libertad de expresión, libertad de pensamiento, de conciencia y religión, libertad de asociación y el derecho a celebrar reuniones pacíficas, derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, honra y reputación. En el mismo sentido se manifiesta la Carta Europea de los Derechos del Niño y con mayor detalle la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) que en su Título I comienza enunciando un reconocimiento general de los derechos contenidos en los Tratados Internacionales de los que España es parte, que además deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas de aplicación en las personas menores de edad.

En el Título I Capítulo I en su artículo 2, la LOPJM reconoce: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de las necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocio-

nales y afectivas²⁸. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor así como su derecho a participar, progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés superior. El derecho a preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. En el Capítulo II del Título I enumera derechos concretos: Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4 LOPJM); derecho a la información (art. 5 LOPJM); libertad ideológica, de conciencia y religión (art. 6 LOPJM); libertad ideológica (art. 6 LOPJM); derecho de participación, asociación y reunión (art. 7 LOPJM); derecho a la libertad de expresión (art. 8 LOPJM) y el derecho a ser oído y escuchado (art. 9 LOPJM).

En definitiva, conforme a este nuevo marco jurídico consecuencia del reconocimiento de un nuevo status de menor, se confiere a este un amplio elenco de derechos no exento de problemática, especialmente por los conflictos que pudieran producirse cuando el menor no está de acuerdo, bien con la administración pública, bien con los titulares de la patria potestad.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA LA ACTUACIÓN DEL MENOR Y SOBRE EL MENOR

Dos son los principios fundamentales que operan en las actuaciones en las que están involucrados menores y, reviste un carácter especial en su interpretación la nueva regulación del artículo 2 LOPJM que intenta suministrar criterios de concreción y ponderación para establecer un marco general y los elementos que deben ser tenidos en consideración para resolver los conflictos que pudieran plantearse cuando es «parte» un menor; estos criterios dan herramientas básicas para resolver los conflictos que se puedan plantear entre el menor y aquellos que tienen capacidad para decidir sobre el menor²⁹ (GUILARTE MARTÍN-CALERO. 2017, 103).

El artículo 2 LOPJM establece que el menor tiene derecho a que su interés sea valorado y tenido en consideración en todas las acciones y decisiones que le conciernen. En el apartado segundo del mismo artículo se establece, a efectos de interpretación de ese interés, los criterios generales [en los apartados a), b), c) y d)] que serán de aplicación en su interpretación. En el tercer apartado del mismo artículo se enumeran los elementos generales que se han de ponderar en la aplicación de los criterios enunciados, haciendo mención el artículo 2.4 al criterio prioritario del interés del menor frente a otros intereses en conflicto y, el artículo 2.5 realiza una especial mención a las garantías que han de respetarse en todos los procesos que afecten a los menores.

De todos los principios rectores, criterios generales y elementos a ponderar que enuncia el citado artículo, nos merece especial importancia por las razones que procedemos a exponer, la edad y madurez del menor, el interés prioritario del menor y su derecho a ser oído y escuchado, aunque de una forma u otra sea necesario integrar todos los enunciados para establecer elementos que permitan una toma de decisiones justa y en el respeto a la legislación.

1. LA CAPACIDAD NATURAL DE OBRAR DEL MENOR. EL AUXILIO DE PERITOS Y SU PROBLEMÁTICA

Nos recuerda MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA³⁰ (MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K., 2007, 32) que en la clínica médica psicológica y psiquiátrica, la capacidad se define como «la aptitud del individuo de entender lo suficiente como para tomar una decisión autónoma, entendiendo los riesgos, beneficios y alternativas cuando se consideran varias posibilidades; razonar racional y lógicamente; decidir razonablemente; y hacerlo sin coerción, libremente». En consecuencia la capacidad natural de obrar sería el concepto clave para conceder al menor una capacidad de obrar (jurídica) acorde con su capacidad natural, que será el supuesto habilitante que le permita el ejercicio de sus derechos en virtud de esa capacidad y en cumplimiento de la legislación³¹.

En este sentido la capacidad natural de obrar debería pues poder equipararse a la adquisición o percepción de un grado de madurez en el menor que le permita valorar la toma de decisiones respecto al ejercicio de sus derechos, teniendo en consideración las implicaciones sociales de su decisión, las consecuencias en su evolución y en el desarrollo de su personalidad, pero también los efectos en el ámbito jurídico. Ese grado de madurez determinará el nivel de autonomía en el ejercicio de sus derechos y el respeto a su interés y decisión. Ahora bien, la minoría de edad se caracteriza por ser un proceso evolutivo de maduración que cursa de forma diferente en cada individuo, por lo que no podemos hablar del menor, sino de diversos menores según su grado de madurez³² (IGLESIA MONJE, M.^a I. de la, 2015, 2) y discernimiento.

Entendemos que en el respeto a esa evolución diferente del menor, de cada menor, la legislación no establece legalmente una edad concreta en la que podamos presumir una capacidad natural en el menor, y engloba a todos los menores en una única categoría sin valorar cronológicamente su grado de madurez aunque, como veremos, la legislación parece diferenciar en esta única categoría dos figuras, los menores y a lo que denominaremos menores-mayores a partir de los 12 años.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos del menor queda vinculado a la percepción de su capacidad natural y empleamos conscientemente la palabra «percepción», por cuanto la normativa no establece procedimientos concretos o

parámetros generales que puedan ser aplicados en la determinación de su grado de madurez; si los hubiera, se evitaría la subjetividad en las consideraciones sobre la capacidad natural de aquellos que deben decidir si el menor tiene o no esa capacidad natural que le permite ejercitar sus derechos³³, o en la apreciación de lo que supone su interés, y ello aun cuando el preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio en su justificación a la modificación que produce sobre la LOPJM expone que: «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

Las normas procesales españolas no detallan la forma en la que se debe proceder para establecer el nivel de madurez del menor, si bien a nuestro juicio deberían ser aplicables, especialmente a partir de los 12 años, las mismas pautas y presunciones que en los procesos de incapacitación de un mayor de edad, donde se presume la existencia de capacidad de obrar a lo largo de todo el proceso³⁴ (HUETE NOGUERAS, J. J., 2017, 92), y lo que hay que probar es su ausencia complementando la capacidad donde fuera necesario.

El artículo 200 del Código Civil y el 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establecen tasadamente las causas de incapacitación centrando el proceso en la determinación de si la persona a la que se pretende incapacitar tiene la aptitud necesaria para obrar por sí misma con autogobierno. Se considera pues la incapacitación una medida de protección que se aplica en aquellos ámbitos en los que sea necesario, estableciendo la legislación el procedimiento y el grado de incapacidad³⁵ (RODRÍGUEZ CANO, M.^a V., 2015, 1 y sigs.). ¿Sería viable aplicar este proceso también a los menores de edad?

Tanto la incapacitación como la determinación de la madurez del menor tienen un mismo objeto, establecer si la persona tiene capacidad de gobierno sobre los actos de su vida, si bien no se aplican las mismas presunciones en uno y otro caso. Mientras que en los procedimientos de incapacitación tal y como refiere la sentencia 341/2014 de 1 de julio del Tribunal Supremo: «...la exploración judicial juega un papel determinante para conformar la convicción, hasta tal punto, que un tribunal no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona». En los procesos que afectan a los menores bien se solicita la ayuda de especialistas psicólogos, en el mejor de los casos, o bien, como sucede en la mayoría de las ocasiones se decide sobre el menor, sin oír al menor teniendo en consideración únicamente su edad.

La evaluación de la capacidad del menor es crítica para el ejercicio de sus derechos y en términos generales, con los que mostramos disconformidad, parece

que no se considera una apreciación propiamente jurídica. A nuestro juicio, los jueces son capaces de apreciar si existe o no esa capacidad natural del menor tal y como sucede en los supuestos de incapacitación de los mayores de edad. Sin embargo, cuando se trata de menores, el juzgador suele requerir, para determinar la madurez del menor y que sea escuchado, de apoyo técnico que le auxilie en la percepción de la capacidad natural del menor; la falta de regulación de estas cuestiones provoca una inseguridad jurídica que pone al menor en una situación de incertidumbre en el momento de ejercitar sus derechos. La mayor parte de la doctrina, opina que el nivel de madurez del menor debe ser valorada por profesionales a fin de garantizar una atención de calidad. ¿No sucede lo mismo en los casos de incapacitación? ¿Debe ser también valorado por expertos?

Como pone de relieve CUENCA ALCAIDE³⁶ (CUENCA ALCAIDE, B., 2014) en España resulta cada vez más frecuente la intervención de los psicólogos forenses en los tribunales, aunque la necesidad de la intervención de estos como peritos se viene planteando desde principios del siglo XX. En Estados Unidos se comenzó a utilizar a partir de 1962, en España la generalización del uso de la psicología es mucho más reciente. Puede decirse que fue a través de la llamada Ley del Divorcio del año 1981, cuando se introdujo en el Código Civil el dictamen de especialistas como un elemento auxiliar del enjuiciamiento.

El ámbito de esta prueba pericial tiene por finalidad la aportación de los conocimientos científicos referidos a la psicología infantil y a otras ramas del conocimiento relativas a las relaciones interpersonales, si bien la referencia a estos peritos en las normas procesales no se corresponde con su amplia utilización, ni con su enorme impacto en los procesos, pues esta es casi inexistente. Los profesionales encargados de acompañar y evaluar las capacidades de los niños y niñas debieran tener forzosamente una formación específica, especializada e interdisciplinar, que debería abarcar todos los supuestos conflictivos en los que puede estar implicado el menor: psicología forense, médicos forenses, policías, agentes de inmigración, trabajadores, mediadores sociales y por supuesto abogados, fiscales y jueces.

En lo que al ámbito del derecho de familia se refiere, la Ley de Divorcio Exprés de 2005 menciona la intervención de estos peritos, hablando del equipo técnico judicial en algún párrafo y en otro de especialistas debidamente cualificados. La existencia de esos Equipos Judiciales no está amparada por ninguna disposición con rango de ley y constituyen una irregularidad en el conjunto de los llamados peritos judiciales, pues se enmarca en el denominado dictamen de especialistas del artículo 92.9 Código Civil, por ello creemos que el juez tiene la facultad de pedir su auxilio o no y en la apreciación del nivel de madurez del menor, lo consideramos innecesario.

La situación de estos peritos en el ámbito de los procesos que afectan a los menores es tan irregular como su importancia, no solo laboralmente, también en su formación. El estatus laboral de estos peritos es el de personal contratado

al servicio de la Administración de Justicia autonómica, no son funcionarios de carrera, ni tiene plaza alguna en propiedad. Su relación laboral con la Administración se puede romper en cualquier momento por decisión de la Consejería competente de la Comunidad Autónoma respectiva, y tampoco requiere de especiales requisitos por parte de la administración para su contratación, por lo que en ocasiones, no tan infrecuentes, pueden no estar ni tan siquiera colegiados como psicólogos, cuando debería constar su graduación y cualificación como expertos³⁷ (HUETE NOGUERAS, J. J., 2017, 93) Cuando emiten su informe no se exige inexcusablemente la ratificación personal del especialista, siendo suficiente que se dé traslado a las partes del informe para que puedan efectuar alegaciones. Tampoco existe una metodología concreta que sustente el estudio realizado por los peritos, al menos una que sea recogida oficialmente como la más adecuada o la más eficaz, por lo que la utilización de unas u otras técnicas dependen del saber y entender del psicólogo forense que las efectúe, así como de su orientación teórico práctica en el manejo de las pruebas que considere mejores para sus objetivos, e incluso de su inclinación doctrinal; sugerimos que pueda servir, al menos de inspiración para la realización de los análisis periciales en los procesos en los que estén involucrados menores, a falta de otras indicaciones, el libro blanco publicado por el colegio de psicólogos de Madrid³⁸ que da al menos, unas pautas claras sobre la intervención de los psicólogos en estos ámbitos³⁹.

Por otro lado, la vinculación del psicólogo o equipo de psicólogos adscrito al juzgado (en realidad, las pruebas suelen ser realizadas por un único perito, por lo que la referencia al «equipo adscrito al juzgado» queda, en la práctica, sin efecto) no es funcionarial, por lo que si su actividad resulta impropia, susceptible de cualquier tipo de indicio delictivo, o el informe no presentara una información fiable, o no respetara el objeto solicitado por el juez, no debería ser aceptada como prueba válida, pero no sería posible actuar contra quien hubiera emitido el informe en sede judicial; tampoco cabe recusación, pues no suele quedar identificado quien realiza el informe, ni tampoco ratifica en sede judicial, ni los colegios de psicólogos ejercen ningún control sobre estos profesionales. En definitiva, un dislate que pudiera provocar una lesión de los derechos fundamentales del menor, o de aquellos implicados en el proceso. En este sentido planteamos quizás como instrumento alternativo el que propone el fiscal Javier HUETE⁴⁰ (HUETE NOGUERAS, J. J., 2017, 96): «a la vista de las importantes y numerosas funciones que la ley atribuye al fiscal en materia de protección de menores, se propone, en primer lugar, la profundización en el proceso de unificación de las áreas y responsabilidad penal de menores y de protección en una única sección y la necesidad de dotar a estas secciones de un mínimo de medios personales y materiales que permitan a los fiscales ejercer sus funciones de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica... debe modificarse

el artículo 174 del Código Civil, en orden a que el fiscal pueda auxiliarse de otros técnicos distintos de los de la propia Entidad Pública, para mejor valorar el superior interés del menor en los concretos casos en los que sea necesario».

El aumento en la conflictividad que afecta a menores, especialmente en el caso de situaciones de crisis familiar supone, que en la mayoría de las ocasiones la labor de estos profesionales adscritos al juzgado está numéricamente desbordada, y los informes se realizan individualmente sin que se impliquen cuanto menos dos profesionales, por lo que el impacto de una única persona, que es quien elabora el informe, es sorprendente, y coloca a las partes del proceso y especialmente al menor en una situación de inseguridad jurídica sobrecogedora. La irregularidad que ponemos de manifiesto afecta a la inaplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que aun cuando establece que se pueda designar un perito de entre la lista confeccionada por el colegio de psicólogos, la realidad es que si en un Juzgado de Familia existe un Equipo Psicosocial, normalmente compuesto por uno o varios psicólogos y un trabajador social, directamente confiere a este el encargo, no procediéndose por tanto en la forma establecida en la LEC para la designación de peritos judiciales, que sin duda, como previó el legislador, garantiza en mayor medida la imparcialidad, la profesionalidad y la neutralidad de los informes.

Dado que la actividad de los equipos psicosociales es manifiestamente mejorable, desde estas líneas recomendamos firmemente la regulación de estos equipos adscritos al juzgado y, en nuestra opinión, sería conveniente que fueran funcionarios asignados como auxilio a los juzgados y derogar (si bien es cierto que no se aplica) la posibilidad que regula la LEC, de la designación de peritos psicólogos de entre una lista elaborada por el Colegio de psicólogos. Así mismo creemos que la Administración de justicia debiera contemplar la convocatoria de unas oposiciones para psicólogos especializados en menores, con un temario que abarque cuestiones también jurídicas de ámbito nacional, como sucede en el resto de operadores jurídicos que realizan su labor adscritos a un juzgado, o a la fiscalía y que auxilien al juez, al tribunal o al fiscal en el desempeño de sus funciones⁴¹. Creemos que de esta forma se podrían subsanar las deficiencias que se ponen de manifiesto día a día en los juzgados, o bien optar por que sea el juez, como en los procesos de incapacitación, quien aprecie si el menor tiene o no capacidad para decidir sobre las situaciones que le afectan.

Como manteníamos en líneas previas, el impacto y repercusión de los informes en los procesos judiciales en los que se ven involucrados menores es enorme, y no pueden ser recurridos, tampoco sometidos al principio de contradicción, pues solo caben realizarse alegaciones y la presentación de informes de otros peritos es considerado generalmente como «informe de parte», partiendo de la presunción de que el informe psicosocial de los equipos adscritos al juzgado es neutral y el de parte, parcial⁴² (RUIZ TEJEDOR, M.^a P., ANDREU RODRÍGUEZ, J. M., y PEÑA RUIZ, M.^a E., 2016, 77). A mayor abundamiento,

el informe emitido por el equipo psicosocial, generalmente en las primeras instancias del procedimiento, es utilizado como prueba durante todo el proceso y en las sucesivas instancias, sin que sea posible la realización de nuevas pruebas de otros equipos psicosociales. La práctica habitual demuestra el reconocimiento y el alto peso que otorgan a estos dictámenes en relación a su propio proceso de toma de decisiones los jueces y magistrados, y por ello creemos urge una regulación que confiera seguridad jurídica a estos informes.

En resumen, apreciar la capacidad natural del menor⁴³, si el juez lo cree necesario, puede requerir del auxilio de especialistas que, con su criterio y dado el peso que confieren los jueces y magistrados a los informes del equipo psicosocial será en realidad en quien recaiga la decisión sobre si el menor puede o no ejercitar sus derechos. La situación es cuanto menos peculiar y genera una inseguridad impropia en el ámbito jurídico, provocando incertidumbre en la diversidad de procesos en los que puede verse involucrado el menor respecto a la percepción de su edad o madurez, máxime cuando la determinación de esa madurez es requisito para el ejercicio de sus derechos.

2. EL INTERÉS DEL MENOR

El segundo principio es el interés del menor, que es el criterio rector de toda la legislación sobre menores y vincula a todos los agentes familiares, sociales y jurídicos que tengan que tomar decisiones en procesos en los que estén involucrados menores, no solo en supuestos conflictivos, sino también en las situaciones cotidianas⁴⁴ (ASENSIO SÁNCHEZ, M. A, 2006, 70). En nuestro ordenamiento, el interés del menor fue introducido por la reforma del Código Civil de 1981 y es el eje de la regulación de la LOPJM y de las últimas leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

Forma parte de esos principios generalistas denominados como conceptos jurídicos indeterminados⁴⁵ (PÉREZ ÁLVAREZ, M. A, 2017, 110, y VERDERA IZQUIERDO, B., 2017, 525) o cláusulas generales, que por su indefinición plantean problemas complejos en su concreción⁴⁶ (REVELLAT BALLESTÉ, I., 2012, 89) puestos de relieve por la doctrina⁴⁷ (DÍEZ PICAZO, L., 1984, 127) y de los que la jurisprudencia se ha hecho eco también⁴⁸. Las claves de las últimas reformas pivotan en torno a la nueva forma de concebir ese interés que la doctrina coincide en conformarlo con un triple contenido⁴⁹ (NÚÑEZ ZORRILLA, C., 2015, 125; VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 35; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2017, 491). Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que cuando se adopte una medida que le concierna sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses a valorar, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo de manera

que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Además, este principio es también una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

La indeterminación o la falta de rigidez del principio «interés del menor», permite mantener tanto su validez a lo largo de un amplio periodo de tiempo como la actualización constante del principio en su interpretación de manera acorde con la evolución social y jurídica que se vaya produciendo, adaptando el mandato legal a cada supuesto concreto en atención a la diversidad de sujetos y circunstancias que puedan presentarse. Como aspecto negativo de su indeterminación y en general en la legislación que incluye este tipo de cláusulas, se encuentra sin duda el problema que plantea la interpretación «personal» del «interés del menor», que puede acarrear desviaciones notables pues como todo concepto jurídico indeterminado⁵⁰ ha de ser dotado de contenido concreto en cada supuesto⁵¹, mediante la aplicación a las circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado concreto⁵².

El nuevo artículo 2 LOPJM enuncia aspectos concretos que deben ser tenidos en consideración y ponderarse en cada supuesto: La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor; la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; se deberá preservar el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Si bien, sigue sin concretarse cuando el menor puede determinar «su» interés o cuál es ese interés.

Como afirma RIVERO⁵³ (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, 93), cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés del menor nos enfrentamos a una primera divergencia. Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales, jueces y los demás operadores jurídicos implicados, no actúan de manera aséptica y neutral, sino que por el contrario en la mayoría de las ocasiones no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, actuando con la mejor intención, consciente o inconscientemente encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores que pueden ser distintos a los suyos.

Cuando la opinión del menor difiere de la administración pública⁵⁴ (DE PALMA TESO, A., 2011, 185), de aquellos que ostentan la patria potestad o de los operadores jurídicos, generalmente se establece cuál es el interés del menor justificando la decisión que afecta al menor en la defensa de ese principio inspirador y, en general, sin mayores argumentos⁵⁵. En aquellos casos en los que la decisión se toma en contra del criterio del menor, suele justificarse estableciendo que la opinión del menor es un mero deseo, pero la opción de quienes deciden su interés, un valor para el desarrollo, para la formación de la personalidad del menor sin que sea motivado el «supuesto» interés del menor, lo que en ocasiones puede generar un problema de vulneración de derechos y de inseguridad jurídica.

A nuestro juicio, si se distingue deseo e interés (como única razón para hacer prevalecer el criterio contrario a lo decidido por el menor), de hecho la nueva legislación establece como criterio «la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor», lo que sucede es que se desvirtúa la esencia del principio que justifica una autonomía en la capacidad de actuar del menor, por cuanto impide el cumplimiento de la razón que da fundamento al reconocimiento de cierta autonomía, favorecer el desarrollo de la personalidad del menor en el respeto a su criterio y decisión siempre, claro está, que se haya reconocido en el menor esa capacidad natural de la que hablábamos en páginas precedentes.

Como señala el informe del Defensor del pueblo «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 las 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 compliquen asumir esa tarea. El deber de escuchar la opinión del menor es una garantía frente a ese riesgo».

La utilización de los sustantivos en la toma de decisiones respecto al menor no es cuestión baladí. Como veíamos, especialmente en el ámbito judicial, cuando hay diferencias en la toma de decisiones con el menor suelen utilizarse como términos contrapuestos «deseo» en el menor e «interés» del menor. El Diccionario de la Real Academia define deseo como: «Movimiento afectivo hacia algo que se apetece»; Interés como: «provecho, utilidad, ganancia»; y, criterio como: «norma para conocer la verdad», «juicio o discernimiento». Cuando se mantiene que son deseos del menor se prima la afectividad y el gusto sin criterio del menor; pero cuando hablamos de interés, presupone un bien para el menor frente a sus gustos o voluntades caprichosas. La presunción en el menor en ese caso, es respecto a su falta de capacidad natural, a su falta de criterio, presumiendo la existencia de ese acierto en la decisión sin que en realidad prime el interés del menor o sin que este pueda defender su criterio;

en definitiva, «todo por el menor, pero sin el menor» lo que revela una actitud proteccionista que no solo priva al menor de una capacidad reconocida jurídica⁵⁶ y socialmente, también del desarrollo de su autonomía. Esto sucede en la mayoría de las ocasiones por el rol que tiene el menor en los supuestos procesales en los que puede estar implicado, si bien nos ocuparemos de ello en el epígrafe correspondiente. En resumidas cuentas, lo que podemos afirmar es que es un hecho que en decisiones trascendentes para la vida del menor contra el criterio del menor (si este tiene reconocida capacidad natural y se aplica una interpretación restrictiva de su limitación de la capacidad de obrar —como sostiene nuestra legislación— debiera emplearse el término criterio, en vez de deseo) se decide en su interés por quienes determinan cuál es su interés, a veces sin tan siquiera proceder a su escucha.

A nuestro juicio, la determinación del interés del menor especialmente en aquellos casos en los que el criterio del menor difiere de los que deciden cuál es su interés, debería responder, no a criterios susceptibles de ser cuestionados por no objetivables, que presumimos bien intencionados, sino en función de criterios objetivables especialmente en el ámbito judicial. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008 de 22 de junio que en su FJ6 ya establecía lo que reitera el Tribunal en la sentencia 16/2016 de 1 de febrero (FJ6) «...el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada», pues lo contrario supondría una vulneración de la tutela judicial efectiva⁵⁷.

La escucha del menor y la posible vulneración de sus derechos (enunciado expresamente en el artículo 3 f LOPJM «...de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara» y de forma tajante en el preámbulo) debiera ser el principal criterio jurídico para establecer su interés, pues la dignidad y el concepto de persona que establezca el ordenamiento y las vivencias familiares, sociales y judiciales contribuirán a la formación de la personalidad del menor y a su concepción responsable como persona y ciudadano. Es decir, al precisar el interés del menor, especialmente cuando la decisión se produce en contra de su criterio, deberían formularse preguntas tales como: ¿Menoscaba la dignidad del menor? ¿Vulnera su libertad de conciencia? ¿De pensamiento? ¿Su libertad religiosa? ¿Su derecho al honor? ¿Le causa un daño moral? ¿En qué medida incide en el desarrollo de qué tipo de personalidad?

Como recuerda SANTOS MORÓN, en ocasiones, en parte de la doctrina se aprecia una cierta incongruencia. Pese a que se afirma con generalidad que el menor debe decidir por sí mismo si tiene suficiente capacidad natural, se limita la eficacia de su decisión al supuesto en que la decisión que adopte resulte beneficiosa o no resulte contraria a su interés y «ello equivale a sustituir la voluntad

del menor en todos aquellos casos en que su decisión no resulta razonable según los usos sociales o los parámetros o valores de sus representantes legales... Por consiguiente si la decisión que, de forma consciente y voluntaria, toma el menor puede ocasionarle, a juicio de terceros, consecuencias negativas, debe pese a ello respetarse su opinión, ya que lo contrario equivale a hacer depender la capacidad del menor, no de sus facultades intelectuales y su madurez, sino de la valoración que merezca a otras personas la postura adoptada por este»⁵⁸ (SANTOS MORÓN. M. J, 2011, 68).

La construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia consiste en el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos⁵⁹ (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2016, 497). Solo desde el respeto a la dignidad del menor contribuiremos a la formación de su personalidad, no al amparo de percepciones sociales cambiantes, o de legislaciones modificables sino en aras a su condición de persona en la búsqueda de decisiones justas. Si logramos que exista una presunción de la capacidad natural del menor permitiremos el progresivo ejercicio de sus derechos para que adquiera poco a poco una madurez en función de las responsabilidades conferidas; de esta forma contribuiremos indudablemente al desarrollo armónico de su personalidad. En cualquier caso nos planteamos ¿Cómo es posible la determinación del interés del menor sin contar con su predisposición y voluntad y sin que su opinión sea tenida en cuenta?

3. EL DERECHO DEL MENOR A SER INFORMADO, ESCUCHADO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA

El tercer principio que viene a completar el interés del menor y el concepto sobre su capacidad natural como supuesto habilitante para el ejercicio de los derechos que tiene reconocido es su derecho a ser escuchado, que se completa por el derecho a ser informado. Las normas internacionales y expresamente el artículo 12.1 del Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo doctrinal en la Observación General 12, concreta el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos administrativos y judiciales. Así mismo el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha quedado reforzado con las modificaciones llevadas a efectos en 2015 y pues no solo establece el derecho del menor a ser oído, también a que se tomen en consideración dos parámetros fundamentales, la madurez (que ya hemos analizado en epígrafes previos) y la edad. Para ello el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a las circunstancias.

El Capítulo IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando trata los procesos matrimoniales y de menores establece en su artículo 770.4 que: «Si el procedi-

miento fuere contencioso y se estima necesario (...) se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años». En la misma línea el artículo 9.2 de la LOPJM establece la presunción de la capacidad del menor fundada en su madurez cuando cumple los doce años: «Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos». Desde esta afirmación, entendemos que se puede sostener la presunción de madurez respecto a la capacidad natural de los menores que hayan cumplido doce años.

A tenor literal de lo expresado por la normativa entendemos que el legislador ha querido distinguir entre los menores de doce años o más y los menores con menos de doce años, y por ello establece claras distinciones entre unos y otros en su participación, si bien la práctica diaria de los juzgados difiere sustancialmente en función de las percepciones, probablemente personales o marcadas por su propio evolución, de jueces y magistrados, en unos u otros juzgados. En las conclusiones del seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia⁶⁰ los magistrados participantes en su conclusiones establecen en las propuestas sobre la exploración de los menores que «la exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial a través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento del que se trate»; o bien «Los niños, niñas y adolescentes habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales cuando el juez lo estime necesario, no en todo caso»; «evaluado el juicio de necesidad, el juez deberá ponderar si el menor implicado tiene suficiente madurez cuando es menor de doce años. Debe tenerse igualmente presente que no todo mayor de doce años tiene suficiente madurez aunque por ministerio de ley deba ser explorado». Solo un criterio cronológico —el seminario se organizó en 2010— nos hace entender la falta de acuerdo de estas conclusiones con las últimas modificaciones legislativas y de interpretación que reflejamos en estas líneas, pues la presunción de madurez de la que parten las normas internacionales y la propia Ley del Menor, difieren sobremanera de las establecidas en estas conclusiones por los magistrados participantes.

El derecho del menor a ser oído y escuchado complementa los dos principios que hemos tratado en referencia a la intervención cuando hay menores. El primero, la capacidad natural del menor, pues le permite el ejercicio de sus derechos y la participación en los procedimientos en los que directamente va a ver afectada su vida y el desarrollo de su personalidad; sin escucha ni intervención, no hay participación, y el menor se transforma en un sujeto pasivo. Respecto al interés del menor, solo podrá este ponderarse adecuadamente en la medida en la que el menor sea escuchado y exponga las razones que justifican su decisión, sea o no el criterio por el que finalmente opten los que tienen la capacidad para determinar una resolución que finalice con el conflicto, si es que lo hubiere.

Ahora bien, haciéndonos eco del análisis reflejado en el informe del Defensor del Pueblo publicado en 2014⁶¹, la fórmula legal española, «derecho a ser oído» presenta alguna diferencia conceptual con la Convención; mientras en la tradición española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída, el concepto de escucha en la Convención exige que, además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor, por lo que convendría analizar la práctica diaria de determinados juzgados en aras a salvaguardar los derechos fundamentales del menor que pueden ser vulnerados, además de incumplir la normativa internacional.

Los principios que inspiran la concepción del menor como sujeto activo implican un cambio que refleja la nueva redacción del artículo 9 LOPJM (oído y escuchado) y que exige superar las actitudes proteccionistas y potenciar la formación de la personalidad del menor, eso sí, acompañado por quien ostenta la patria potestad o la tutela, pero sin obviar completamente sus decisiones u opiniones, especialmente en aquellas situaciones y circunstancias que marcarán su vida personal y familiar.

Si como defendíamos en líneas precedentes, la capacidad natural del menor debiera presumirse cuando consideremos que es capaz de entender y querer el significado de sus actos dentro de un proyecto vital propio y asumiendo el riesgo de errar en su decisión, de la misma forma que yerran los adultos, la escucha del menor es obligada y debería constituir medio de prueba y ser valorada como un elemento determinante en la toma de decisiones que le afectan, pues especialmente en materia de derechos fundamentales la edad no debería ser condición que delimite su ejercicio, pues su titularidad está fundamentada en la dignidad de la persona y le corresponde al menor en su calidad de persona⁶² (MORENO ANTÓN, M., 2011, 97) como exigencia jurídico-constitucional⁶³ (ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., 2006, 29). Si partimos de la consideración del menor como persona, su principal y primordial interés debe ser la protección y salvaguarda de sus derechos de la personalidad, de sus derechos fundamentales⁶⁴, de su dignidad.

No podemos concluir este apartado sin hacer referencia a las últimas líneas del artículo 9.1 de la LOPJM cuando establece que: «...Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias». Es decir, para que el menor pueda decidir coherentemente debe primero recibir información sobre los procesos que le afectan. En este sentido, es frecuente que los operadores jurídicos implicados en el caso de la ruptura de la convivencia de los padres valoren como positivo que los menores no estén al tanto de los procedimientos judiciales, siendo valorado negativamente especialmente por los equipos psicosociales, los centros de atención a la familia o los puntos de encuentro familiar, el que los menores conozcan las situaciones que se están

produciendo por temor a un conflicto de lealtades, lo que es una incongruencia en aras a la defensa del interés del menor maduro. A nuestro juicio, es de enorme importancia que los menores sean informados de las cuestiones que les afectan, y que participe, eso sí, de forma lo más neutral posible⁶⁵ (GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., 2017, 601). La falta de conocimiento no solo puede generar en el menor angustia e inseguridad, tampoco le permitirá decidir con todos los factores necesarios. Si queremos que los menores sean sujetos activos lo primero que deben tener para poder decidir es información sobre todos los aspectos que le pudieran influir, especialmente trascendente por su impacto en la vida del menor, en los casos de rupturas familiares en el régimen de visitas o en la atribución de guardia y custodia.

IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR Y EL ROL DEL MENOR EN ESTOS PROCESOS

En las situaciones de crisis familiar son las normas civiles y procesales las que resultan de aplicación y están agrupadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el epígrafe «De los procesos matrimoniales y de menores» y en el Código Civil, fundamentalmente en los capítulos VI a XI. Con la intención de profundizar y analizar el papel del menor en estos procesos pudiera parecer de utilidad distinguir a priori entre dos tipos de procesos, los procesos contenciosos de nulidad, separación y divorcio y los procesos de mutuo acuerdo de separación o divorcio. En un juicio prematuro parecería que como en los procesos de mutuo acuerdo el nivel de conflictividad es menor, la intervención del menor no es necesaria, si bien, y manteniendo los principios que hemos defendido a lo largo del presente artículo, aún a pesar de haber acuerdo entre los padres y del mismo modo que cuando hay menores interviene siempre el fiscal, también debería intervenir el menor si lo solicitara, o si su parecer disintiera del acordado por sus padres y pudiera vulnerar sus derechos. En consecuencia, trataremos la participación del menor en todos los supuestos, independientemente del tipo de divorcio, pues en ambos casos, cuando hay menores tienen que ser ratificados ante el juez. Así mismo conviene precisar que los problemas a los que se enfrentan las parejas en un momento de ruptura cuando hay hijos menores son prácticamente los mismos con independencia de que entre ellos exista o no un vínculo matrimonial⁶⁶ (ANDRÉS JOVER, J. M., 2003, 227) pues habiendo hijos menores se debe establecer un régimen de guarda y, en su caso de visitas, tanto si hay vínculo matrimonial como si no lo hay, como también tendrán los progenitores que cumplir su deber legal de mantener a los hijos⁶⁷ (MORENO TORRES, M.^a L., 2015, 4).

Todos los expertos coinciden en que una de las cuestiones más problemáticas que se plantean en la práctica del derecho de familia viene constituida por

la atribución de la guarda y custodia sobre los menores y el establecimiento o el cumplimiento, una vez fijado, del régimen de visitas del progenitor no custodio con hijos menores de edad, o incluso también en los casos de custodia compartida, trataremos pues el rol de los menores en estos supuestos desde los principios enunciados en los epígrafes previos.

La decisión de los progenitores de cesar la convivencia afecta de un modo directo e inmediato a los menores y supone un cambio importante en el entorno familiar, afectando de un modo claro el desarrollo de su personalidad pues es posible que cambien también sus condiciones de vida. Las situaciones que venimos a comentar inciden en la vida del menor y resulta de aplicación el artículo 9.1 LOPJM que hemos repetido a lo largo del artículo. A la luz de lo expuesto no se deberían tomar medidas que afecten al menor, especialmente desde los doce años o con antelación si se aprecia madurez suficiente, sin contar con el menor. La protección del interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y su salud psíquica, por ello creemos que el menor debiera ser escuchado siempre como un trámite más del procedimiento. En nuestra opinión y a pesar de que el menor pudiera verse afectado en sus condiciones de vida, debiera quedar al margen en lo relativo a los aspectos económicos.

En general existe recelo en los operadores jurídicos para solicitar y practicar la exploración de los menores y aun cuando entendemos que suele ser un momento complejo y difícil, también para los adultos, creemos que la práctica de esta diligencia debiera ser parte del proceso y no una situación excepcional. Desde esta perspectiva, lo que creemos que hay que procurar es que las exploraciones se realicen de forma que el impacto sea mínimo en el menor, pero no limitar la escucha del menor en un intento de sobreprotección que en nada favorece la formación de su personalidad; pensemos que también puede resultar difícil lo contrario, no escucharle y tomar decisiones sobre su vida al margen de su opinión.

El modo en que el órgano judicial practique la exploración de los menores es importante para su percepción de lo que está sucediendo y hoy por hoy dependerá del juzgado y de la sensibilidad del juez⁶⁸ (ROMERO COLOMA, A. M., 2012, 7), aunque lo más importante debiera ser que el menor sufra lo menos posible en la exploración; quizás no estaría de más que se emitieran unas pautas más concisas sobre los requisitos que debieran llevarse a efecto en la exploración de los menores (por añadidura también cuando el menor acuda al equipo psicosocial en el juzgado o en los puntos de encuentro familiar⁶⁹), pues aunque existen juzgados de familia especializados, no se exige a estos jueces ni al resto de operadores jurídicos o/y psicólogos o trabajadores sociales, formación específica en relación a los menores.

A este respecto el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a la audiencia al menor y establece: «Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal

señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario». A los efectos que tratamos, resaltamos el último párrafo del epígrafe 4 que, aun cuando establece unas mínimas garantías, no precisa cuáles.

El artículo 770.4 LEC establece: «...Si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico o judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso a los mayores de doce años...». La propia ley restringe la participación del menor a los procesos contenciosos limitando sus derechos, lo que puede ocasionar una lesión de sus derechos fundamentales. Sorprende que una ley ordinaria limite la participación del menor, cuando una ley orgánica (LOPJM) regula precisamente la participación del menor en todos los asuntos en los que se vea afectado, lo cual entendemos que podría ser causa para la plantear una cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo si el menor solicita ser oído.

En este tipo de procesos el menor, los menores, si son varios hijos son las únicas «partes» del proceso que no disponen de abogado que defienda sus intereses, que pueden o no ser coincidentes con el de ambos padres o con uno de ellos. Ciertamente está el Ministerio Fiscal, institución a la que el ordenamiento ha encargado, entre otras, la función de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) y que es el órgano competente para promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley procurando la satisfacción del interés social, pero lo cierto es que hasta el momento en que se produce la exploración, el Ministerio Fiscal es tan extraño al menor como el propio juez. Como establece el FJ 4 de la sentencia 4/2001 del Tribunal Constitucional cuando se analizan los procesos judiciales de familia, no cabe calificarlos como «un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara...». Creemos con el Tribunal Constitucional, en su

sentencia 185/2012, de 17 de octubre, en su FJ 4 que, cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* (STC FJ2 120/1984, de 10 de diciembre) por la protección integral a la familia que regula el artículo 39.2 de la Constitución y por ello debería regularse de forma diferente su participación en caso de crisis familiar⁷⁰.

Cuestión que no es baladí, al menos en el ámbito jurídico, es si la exploración del menor debe ser considerada como medio de prueba o no. Hay claramente dos posturas doctrinales. La primera considera la exploración del menor como prueba del reconocimiento de las personas, por lo que debería acudir a la regulación contenida en los artículos 353 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y en particular al artículo 355. Otro sector doctrinal niega este carácter a la audiencia del menor, ya que ni aparece en la relación de los medios probatorios enumerados en el artículo 299 LEC ni rigen los principios de contradicción ni publicidad⁷¹ (ZAERA NAVARRETE, J. I., 2013, 799). Lo cierto es que como afirma GONZÁLEZ DEL POZO no hay grandes diferencias entre las dos posturas, pues la audiencia debe considerarse como un derecho del menor⁷² (GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., 2009, 496) que tiene una trascendencia probatoria indudable y que permite obtener un conocimiento relevante sobre el objeto del procedimiento, permitiendo que el menor exprese su opinión sobre los temas que le afectan y que puede generar si el menor tiene madurez suficiente o es mayor de doce años y no se le escucha, la nulidad de actuaciones⁷³.

Si la audiencia del menor es un derecho, debería practicarse siempre que se solicite o bien cuando alguno de los menores involucrados tenga al menos doce años o suficiente madurez, independientemente del tipo de proceso. Como comentábamos al comienzo del presente artículo a veces, la conflictividad que se produce en el cumplimiento del régimen de visitas en los «menores —mayores» o incluso en la atribución de la guardia y custodia disminuiría si el menor pudiera expresarse y no someterse a lo que se determine que es su interés.

¿Cómo es posible la determinación del interés del menor sin contar con su predisposición y voluntad, y sin que su opinión sea tenida en cuenta? ¿Cómo entonces se da cumplimiento al mandato del legislador impulsando su autonomía y su configuración como sujeto activo y participativo?

Creemos que el respeto a la dignidad del menor, máxime cuando demuestra suficiente madurez, exige no imponerle contactos indeseados, pues la protección del interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y en definitiva, su salud psíquica. En ocasiones, cuando existen conflictos con el cumplimiento del régimen de vistas o respecto a la atribución de la custodia, los agentes implicados por el juzgado bien sean los Puntos de Encuentro Familiar o los equipos psicosociales, o incluso los Centros de Atención a la Familia municipales, imponen a los menores desde la ejecución forzosa del régimen, el sometimiento del menor a medidas de carácter terapéutico a efectos de solventar las causas

o motivos que provocan las incidencias⁷⁴, o el mantenimiento del contacto visual y de comunicación con quien no desean, pasando por diversas soluciones intermedias tales como la reanudación de los contactos a través de un régimen de visitas progresivo, el reinicio progresivo de comunicaciones y estancias a través de un régimen restringido implementado a través de un programa de ayuda impartido por profesionales tendente a recomponer las relaciones rotas; a mejorar las relaciones del menor con el progenitor rechazado o a enseñar a este técnicas o habilidades para interrelacionarse adecuadamente con el menor mediante la aplicación de terapias o tratamientos impartidos por los recursos sociales existentes (derivación al Centro de Atención a la Infancia; derivación al Centro de Ayuda a la Familia; derivación a la Unidad de Orientación a la Familia), o, supeditan la reanudación del régimen de estancias establecido a la buena evolución de la terapia o tratamiento instaurados para la mejora de relaciones parento-filiales.

En el establecimiento de estas medidas, en la mayoría de las ocasiones se ignoran las manifestaciones de los menores que en ocasiones muestran oposición y resistencia a relacionarse con el progenitor no custodio y rehúye su compañía en base a sus convicciones personales, elaboradas a partir de las experiencias propias o al conocimiento de circunstancias objetivas del no custodio que provocan desafección o distanciamiento; así, el menor, puede rechazar a uno de los progenitores, o a ambos porque la relación parento-filial no le resulta gratificante por motivos diversos (graves diferencias de carácter y personalidad, posturas irreconciliables sobre el uso del tiempo de ocio, resentimiento del hijo hacia el padre/madre por hechos pasados que le resultaron especialmente dolorosos) o porque repudia y se avergüenza de determinados actos o circunstancias del progenitor no custodio anteriores o posteriores a la ruptura⁷⁵ (GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., 2010). En estos casos, tanto los agentes implicados como los operadores jurídicos presuponen en la mayoría de las ocasiones, que existe un conflicto de lealtades, actuando contra el progenitor con quien el menor expresa que quiere permanecer. Al margen del conflicto jurídico, en las familias en situaciones o no de crisis, el menor tiene capacidad para determinar cuando existe en sus padres una actitud coherente con el también concepto indeterminado «buen padre de familia» (en este caso también «buena madre de familia») al margen de la aptitud sin graves desórdenes psicológicos de los progenitores; es decir, el menor conoce quien, con su comportamiento y actitud actúa como un buen padre/madre.

Si los órganos judiciales son capaces de determinar el interés del menor en los casos de conflictos en los que esté implicado un menor, también deberían ser capaces de ponderar la consideración de buen padre o buena madre independientemente de la ausencia de patologías y no predeterminar la existencia de conflictos de lealtades o síndrome de alienación parental antes de cualquier otro razonamiento. Las relaciones entre padres e hijos, al margen de si existe ruptura de la convivencia o no deben estar presididas cuanto menos por el amor,

pues no se trata solo de una institución jurídica; como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, las relaciones familiares pertenecen a la esfera del Derecho Natural. Por ello el legislador, consciente de la delicadeza de la materia no realiza una minuciosa reglamentación positiva, y se conforma con establecer un criterio básico que permita la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores en interés de los mismos⁷⁶; como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993 tanto el derecho de visitas como la guardia y custodia no son derechos incondicionados en su ejercicio, sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo y en consecuencia el interés del menor debe ser prevalente, escuchado e informado⁷⁷.

CONCLUSIONES

La protección a la infancia y la adolescencia ha sufrido modificaciones importantes en el ámbito jurídico-procesal y en el enfoque de la concepción del menor y en su capacidad iusfundamental para garantizar a los menores, una protección uniforme en todo el territorio nacional.

El nuevo ámbito normativo regula un *status* particular del menor que es a la par, sujeto de protección como menor, pero también sujeto con autonomía jurídica para poder ejercitar los derechos de los que es titular. Autonomía y protección son los dos pilares que sustentan el estatuto jurídico del menor.

La legislación reconoce hoy al menor, capacidad para actuar en el mundo jurídico en defensa e interés de sus derechos reconocidos por la legislación.

La nueva regulación de la LOPJM (art. 2) pretende suministrar criterios de concreción y ponderación para establecer el marco general de los elementos que deben ser tenidos en consideración para ponderar el interés del menor, pero a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han establecido parámetros claros de ponderación respecto al interés del menor, queda establecer criterios que permitan considerar los derechos del menor en primer término.

La consideración de la capacidad natural del menor es crítica para el ejercicio de sus derechos y la regulación del proceso de determinación de la madurez del menor requiere mayor seguridad jurídica.

Debería requerirse una formación específica sobre el menor a todos los profesionales implicados en los procesos que tengan que ver con menores.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS JOVER, J. M. (2003). Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y procesos, en Ortuño Muñoz (Coord.). *Las Uniones Estables*. CGPJ.

- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid. Ed Tecnos.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2017). El acogimiento residencial en centros de protección específicos de los menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Ed. Aranzadi.
- CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.), en *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*. Madrid. Ed. Tirant lo Blanch.
- CUENCA ALCAIDE, B. (2014). Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925>.
- DE PALMA TESO, A. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (*Ejemplar dedicado a: El menor ante el Derecho del siglo XXI*).
- DELGADO CASTRO, J. (2016). Aspecto procesal de la protección de la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.) *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- DÍEZ PICAZO, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant) en *La tutela de los derechos del Menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil* (GONZÁLEZ PORRAS) Córdoba 1984.
- GONZÁLEZ CAMPO, F. de A. (2017). El tratamiento procesal del menor. En: Mayor del Hoyo (coord.). *Nuevo régimen jurídico del menor* (VVAA).
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2009). Medios de prueba. En: HIJAS FERNÁNDEZ *Los procesos de familia: Una visión judicial*. Madrid. Colex.
- (2010). ¿Resultaría jurídicamente posible que los menores pudieran rechazar cumplir el régimen de visitas con uno de los progenitores? *Derecho.com Lefebre 2010 Derecho.com Lefebre. 2010*. http://www.elderecho.com/civil/Resultaria-juridicamente-discernimiento-rechazasen-progenitor_12_187185008.html.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta. En: Mayor del Hoyo (coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- HUETE NOGUERAS, J. J. (2017). Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid Thomson Reuters Aranzadi.
- IGLESIA MONJE, M.^a I. DE LA (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario la Ley* núm. 8590, *Sección Documento on-line*, 24 de julio 2015.
- LIÑÁN GARCÍA, A. (2014). La protección jurídica del menor: Especial incidencia de la esfera familiar en su derecho a la libertad religiosa. *Anales de Derecho*, núm. 32.

- MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K. (2007). La capacidad del menor en el ámbito de la salud. *Salud*, Vol. 15, núm. Extra 1.
- MORENO ANTÓN, M. (2011). La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. núm. 15 (*Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho del siglo XXI*).
- MORENO TORRES, M.^a L. (2015). La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista Indret, Barcelona, octubre, 4/ 2015*.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*, Thomson Reuters Aranzadi.
- NÚÑEZ ZORRILLA, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Persona y Derecho*, Vol. 73, 2015/2.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2017). Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2017). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que les afecten. Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2007). La protección de la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos. *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*, núm. 2.
- (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Madrid 2007. Dykinson.
- RODRÍGUEZ CANO, M.^a V. (2015). La incapacitación: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de personas con discapacidad. Novedades en la ley de jurisdicción voluntaria y en el ámbito penal. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10439>.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I. (2003). La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas. *Anuario de la Facultad de Derecho 2002-2003 (Alcalá de Henares)*, Vol. 2003.
- ROMERO COLOMA, A. M. (2016). La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales. *La Ley* 17250/2012. 25/01/2016.
- RUIZ TEJEDOR, M.^a P., ANDREU RODRÍGUEZ, J.M., y PEÑA RUIZ, M.^a E. (2016). Análisis preliminar de la estructura y consistencia interna de un protocolo clínico-pericial para la identificación de falsas alegaciones de abuso sexual infantil. *International Journal of phychology and psychological therapy*, Núm. 16, 73-82.
- SANTOS MORÓN, M. J. (2011). Menores y Derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *AFDUAM* núm. 15.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En: Mayor del Hoyo (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- VILA RAMOS, B. (2008). La formación del ciudadano, un camino hacia la democracia participativa. *Revista Comunicación y hombre*, núm. 4.

- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En Cabedo Mallol. V. y Ravetllat Ballesté I. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*.
- ZAERA NAVARRETE, J. I. (2015). La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014 de 20 de octubre (REC 1229/2013). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 120/1984 DE 10 de 10 de diciembre
- STC 141/2000 de 29 de mayo
- STC 4/2001 de 15 de enero
- STC 221/ 2002 de 25 de noviembre de 2002
- STC 71/2004 de 19 de abril de 2004
- STC 153/2004 de 6 de junio de 2005
- STC 152/2005 de 6 de junio de 2005
- STC 185/2012 de 17 de octubre
- STS de 31 de diciembre de 1982
- STS de 18 de marzo de 1987
- STS de 14 de mayo de 1987
- STS de 28 de noviembre de 1989
- STS de 30 de abril de 1991
- STS de septiembre de 1996
- STS de 29 de abril de 2009
- STS de 31 de julio de 2009
- STS de 13 de junio de 2011
- STS de 17 de febrero de 2012
- STS de 20 de octubre de 2014
- STS de 1 de julio de 2014

NOTAS

¹ Cuando, el 28 de febrero de 1924, el texto de la Declaración, en su original francés, fue solemnemente depositado en los archivos de la República y Cantón de Ginebra, se dijo: «Sin duda, esta declaración no es instrumento diplomático; no compromete a los gobiernos ni a los estados. Es un acto de fe. Expresa una esperanza. Quiere unir en un mismo pensamiento, en una sola confianza, a los hombres y mujeres de todas las naciones». A pesar de ello, la encontramos en la raíz de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959 y de la Convención de 1989 y es todavía hoy, un referente ineludible. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf. Son solo cinco artículos que creemos merece la pena reflejar: 1. Debe

procurarse que el niño se desarrolle de una manera normal, material y espiritualmente; 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados; 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; 4. El niño debe ser educado en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido de cualquier explotación; 5. El niño debe ser educado en el sentimiento de que tendrá que poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos.

² LINÁN GARCÍA, A. (2014). La protección jurídica del menor: Especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa. *Anales de Derecho* núm. 32. 2014, 3. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

³ Referenciado y citado por el Informe de la Defensora del Pueblo sobre «La escucha y el interés superior del menor», estudio finalizado y publicado en mayo de 2014 en su página 9. <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

⁴ RAVELTLAT BALLESTÉ, I. (2007). La protección de la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos. *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*. núm. 2. 80. El autor entiendo que se implementa una nueva concepción jurídica del menor, pues la concepción exclusivamente tutiva es sustituida por otra en la que se considera al menor como titular de derechos.

⁵ <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/25&Lang=S>

⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I. (2017). El acogimiento residencial en centros de protección específicos de los menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio. En Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del Menor*. Ed. Aranzadi 2017, 270.

⁷ «BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, 25291 a 25295 (5 págs.). En este instrumento es considerado menor: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la Ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido.

⁸ El convenio se había firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752.

⁹ Boletín Oficial del Estado, núm 45. Disposiciones Generales. Sec. I, 14174. Esta nueva perspectiva parte de la Recomendación 112 (1990) de la Asamblea Parlamentaria de la Unión y ello se reconoce expresamente en el preámbulo de la norma española que proclama: «Tomando nota del contenido de la recomendación 112 (1990) de la Asamblea Parlamentaria, relativa a los derechos del niño; Convencidos de que deben promoverse los derechos y los intereses superiores de los niños y de que, con este fin, los niños deberían tener la posibilidad de ejercitar sus derechos, en particular, en los procedimientos de familia que les afecten; Reconociendo que los niños deberían recibir la información pertinente con el fin de que puedan promoverse sus derechos e intereses superiores, y que debería tenerse en cuenta la opinión de aquellos; Reconociendo la importancia del papel de los progenitores en la protección y la promoción de los derechos e intereses superiores de los niños y considerando que los Estados deberían, en su caso, participar también en dicha protección y promoción; Considerando, sin embargo, que en caso de conflicto, es oportuno que las familias traten de llegar a un acuerdo antes de someter el asunto a una autoridad judicial, han convenido en lo siguiente...». Siendo de aplicación el convenio en cumplimiento del artículo 1.4 a las siguientes categorías de procesos: procesos que versen sobre la nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos; procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores, sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos; procesos de filiación, paternidad y maternidad; procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; procesos que tengan por objeto la adopción de medidas de protección sobre los menores; procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores; procesos relativos al acogimiento

de menores y la adopción; nombramiento de tutor o curador; y en general cualquier proceso de familia en el que los derechos del menor puedan resultar afectados por la decisiones que en el mismo se adopte.

¹⁰ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1992_013_R_0430_01&from=ES. núm. C 13/534 a 13/538.

¹¹ En julio de 2000 entra en vigor *The European convention on the Exercise of the Children's Rights* de 1996, donde, en la materia que afecta a este artículo ya expresa la conveniencia de que los Estados deben promover la participación de los menores en el ejercicio de los derechos y en especial en los procedimientos de familia que les afecten directamente. <https://rm.coe.int/168007cdaf>. Ratificado en España el 21 de febrero de 2015. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/21/pdfs/BOE-A-2015-1752.pdf>

¹² Desde la aprobación de la LPJM en 1996, se han aprobado otras normas que merecen ser puestas en consideración, entre las que destacamos: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento (Real Decreto 1774/2004); las enmiendas al Código Penal con respecto a los delitos contra la integridad sexual (Ley 11/1999) y a la protección de las víctimas de malos tratos (Ley 14/1999); Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 5/2000 y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1774/2004 sobre la intervención penal y educativa; la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina; la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

¹³ Sigue las recomendaciones emitidas, como expresa el mismo preámbulo de la citada norma en los siguientes informes: el Informe sobre «Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social» del año 2009; las que contempla el informe del Defensor del Pueblo en el «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014»; las pronunciadas por la Fiscalía General del Estado en las Recomendaciones contenidas en su Memoria del año 2010; las reflejadas en las observaciones finales que el Comité de los Derechos del Niño realizó a España el 3 de noviembre de 2010 y también las emitidas en la Comisión Especial del Senado que estudió la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, cuyo informe fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, el día 17 de noviembre de 2010.

¹⁴ Sin ánimo de resultar exhaustivos citamos solo a alguno de los autores que han publicado recientemente. GONZÁLEZ CAMPO, F. de A. (2017). El tratamiento procesal del menor. En: Mayor del Hoyo (coord.) *Nuevo régimen jurídico del menor* (VVAA), 597. El autor subraya con acierto, que en la reforma procesal practicada se detecta una cierta carencia de sistematicidad y coherencia; expresamente sostiene «pese a la profunda reforma del marco procedimental del menor realizada en 2015, parece evidenciar la falta de visión completa, sistemática y con plenitud normativa del estatuto del menor». En el mismo sentido, desde otra perspectiva VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. 36 y sigs. Subraya la desconsideración absoluta de la incidencia real que supone el tratamiento de la legislación sobre la infancia y la adolescencia como un apéndice del derecho de familia y a la luz de sucesivas reformas que no constituyen un único cuerpo y propone que «quizás sería más conveniente ponernos ya a definir un sistema completo y realmente integral de atención jurídica a toda la infancia y adolescencia».

¹⁵ CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.) *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*. Madrid. Ed. Tirant lo Blanch, 82, apunta a la in-

teresaante posibilidad, por su estudio en profundidad y la posibilidad de establecer conflictos de competencias en el ámbito constitucional, de la posible invasión de competencias de las Comunidades Autónomas en estas materias.

¹⁶ Tal y como indica el preámbulo de la citada ley, la reforma consta de cuatro artículos, veintiuna disposiciones finales, además de siete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias y una disposición derogatoria. En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor; en el segundo las que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en adelante Ley de Adopción Internacional; en el cuarto las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo Ley de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante, Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa; en la disposición final segunda las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en adelante Ley de la Autonomía del Paciente; en la disposición final tercera la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la disposición final cuarta la que afecta a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; en la disposición final quinta las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; en las disposiciones finales sexta y séptima, las relativas a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; en la disposición final octava las correspondientes a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la disposición final novena, la que afecta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las disposiciones finales décima a decimocuarta las que afectan a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Las siete últimas disposiciones finales se refieren al título competencial, habilitación normativa a las Ciudades de Ceuta y Melilla y al Gobierno en general, a la creación del registro central de delinquentes sexuales, a las modificaciones y desarrollos reglamentarios, a la incorporación de normativa europea, al no incremento del gasto presupuestario y a la entrada en vigor.

¹⁷ MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017) El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Thomson Reuters Aranzadi, 150. La autora destaca el acierto de la norma al regular de forma más completa las situaciones de riesgo (art. 17) y de desamparo (art. 18) de los menores; subraya que por primera vez se definen estos conceptos en una normativa estatal, incorporando, como contenido sustantivo, lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en los últimos años.

¹⁸ Como sostienen entre otros VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En: Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* Valencia. Tirant lo Blanch, 34. Se trata más de una declaración «intencional y potestativa, que de una verdadera configuración de obligaciones pues se construye desde la perspectiva negativa de su imposición adulta, carente de consistencia coercitiva o sancionatoria...».

¹⁹ GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta. En: Mayor del Hoyo (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi, 486.

²⁰ VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En: Mayor del Hoyo (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 519.

²¹ LINÁN GARCÍA, A. (2014). La protección jurídica del menor: Especial trascendencia de la esfera de la familia en su derecho de libertad religiosa y de conciencia. *Anales de Derecho*, Vol. 32, 9.

²² DELGADO CASTRO, J. (2016). Aspectos procesal de la protección de la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* Valencia. Tirant lo Blanch, 361.

²³ Artículo 162 del Código Civil. Modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio establece que: Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

²⁴ VILLAGRASA ALCAIDE, C., *El derecho de la persona menor de edad... Opus cit.*, 32. El autor compara la evolución y dificultad en el reconocimiento jurídico de los derechos subjetivos de los menores con la evolución que ha sufrido el alcance de los derechos de la mujer y sostiene que existe un sesgo en la consideración de los derechos de los menores sujetos «en gran medida a las decisiones e imposiciones de aquellas personas adultas o, en su caso, instituciones, que se erigen con plena legitimación jurídica, en garantes y artífices de su devenir, mientras no lleguen a la mayoría de edad».

²⁵ LINÁN GARCÍA, A. La protección jurídica del menor... *Opus cit.*, 12.

²⁶ Es inevitable referirse en este caso por casi todas, al menos con un criterio cronológico, a la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 de 29 de mayo, que en su fundamento jurídico 5 declara que, desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales; en el caso del que se ocupa esta sentencia, de los derechos de los menores a la libertad de creencias y a su integridad moral y se establece que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos no deben abandonarse por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, a la patria potestad.

²⁷ VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En: Mayor del Hoyo, M.ª V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid Thomson Reuters Aranzadi, 520, establece que la transformación en la legislación de menor nos permite «pasar de una suplencia absoluta en su actuar a la obtención de una mayor autonomía de acuerdo con la evolución natural de su desarrollo que nos conducirá a un mero apoyo o supervisión de las decisiones a adoptar. Todo esto nos sitúa ante el principio *pro capacitate*, es decir, cuanto más capacidad y madurez tenga el niño mayor autonomía se le concederá, siendo inversamente proporcional el amparo familiar a la edad».

²⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 cuya doctrina se reitera en los pronunciamientos de 13 de junio de 2011 y 17 de febrero de 2012, establece como requisito, en este caso respecto al retorno de un menor desamparado por su familia biológica, el desarrollo no solo físico, también psíquico del menor. Citado por GUILLARTE MARTÍN-CALERO. *El interés superior del niño... Opus cit.*, 103.

²⁹ GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., *La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible ...Opus cit.*, 487. La autora sostiene que: «el interés del menor queda atemperado por las reglas que, de una parte, facultan la actuación del menor y permiten tener en cuenta su opinión en los asuntos que le afecten y, de otra, por la naturaleza del *officium* que se atribuye a la patria potestad y tutela que deberá ser ejercida siempre en

interés de los niños, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental».

³⁰ MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K. (2007). La capacidad del menor en el ámbito de la salud, *Salud*, Vol. 15, núm. Extra 1, 32.

³¹ Tal y como dispone el mismo artículo 2.3 LOPJM: «Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) la edad y madurez del menor...».

³² IGLESIA MONJE, M.^a I. de la (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario la Ley* núm. 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio 2015, 2, establece que la madurez «ha sido entendida como capacidad del menor para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto en que esté implicado de forma razonable e independiente». Citado por RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2017). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que les afecten. Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 144. A nuestro entender, debiera también tenerse en consideración, la capacidad del menor de valorar, en la medida de lo posible, los efectos de la decisión que manifieste.

³³ En el Informe de la Defensora del Pueblo sobre «La escucha y el interés superior del menor», estudio finalizado y publicado en mayo de 2014 en su página 47 se establece, en las recomendaciones que se realizan para llevar a cabo las reformas legislativas y organizativas necesarias en materia civil, procesal y de protección de menores, la necesidad de «Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del niño de ser escuchado, sustituyéndolos por la presunción de la capacidad del menor para formarse un juicio propio». <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

³⁴ En el mismo sentido se expresa HUETE NOGUERAS, J. J. (2017). Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid Thomson Reuters Aranzadi, 92. El autor explica la propuesta del Consejo Fiscal frente al texto del anteproyecto de las leyes aprobadas en 2015 y expone que: «no se puede “partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”, por ser esto una limitación al ejercicio de sus derechos».

³⁵ RODRÍGUEZ CANO, M.^a V. (2015). La incapacitación: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de personas con discapacidad. Novedades en la ley de jurisdicción voluntaria y en el ámbito penal. *Noticias jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10439-la-incapacitacion-nuevoenfoque-jurisprudencial-de-la-proteccion-de-personas-con-discapacidad-novedades-en-la-ley-de-jurisdicion-voluntaria-y-en-el-ambito-penal/>. En este interesante artículo la autora nos recuerda el enfoque del Tribunal Supremo respecto a la incapacitación citando las sentencias 282/2009 de 29 de abril y el núm. 231/2014 de 1 de julio donde el Tribunal Supremo establece que: «...la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De ahí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado». Desde este prisma la autora reflexiona y sostiene que: «El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica». Esto mismo debiera ser aplicado en los procesos que afectan a los menores.

³⁶ CUENCA ALCAIDE, B. (2014). Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia. *Noticias jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictamenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/>

³⁷ HUETE NOGUERAS, J. J. (2017). Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal. En: Mayor de Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 93.

³⁸ <http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guiadebuenaspracticassA4.pmd.pdf>

³⁹ Hay que señalar que los restantes peritos judiciales involucrados en los diferentes procesos están obligados por la Ley Procesal Civil a poner a disposición del Tribunal las pruebas sobre las que se ha fundamentado su criterio técnico, pero no sucede así en el caso de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados. Las técnicas instrumentales no son grabadas en video, ni siquiera en cinta magnetofónica y no se ponen a disposición de las partes los resultados de la entrevista, ni los test, por lo que se origina un resultado final carente de control que hace cuanto menos difícil una valoración contradictoria a posteriori por otros peritos.

⁴⁰ HUETE NOGUERAS, J. J. Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y el papel de... *Opus cit.*, 96.

⁴¹ Conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 185/2012 de 17 de octubre en lo que a la labor del fiscal se refiere, en relación a los menores y a los procedimientos de atribución de custodia compartida. Si el Ministerio Fiscal, dispusiera de medios técnicos a considerar por el juzgado o tribunal correspondiente, quizás podría realizar con mayor eficacia las amplias funciones que la legislación le encomienda en relación con la protección de los menores.

⁴² RUIZ TEJEDOR, M.^a P., ANDREU RODRÍGUEZ, J. M., PEÑA RUIZ, M.^a E. (2016). Análisis preliminar de la estructura y consistencia interna de un protocolo clínico-pericial para la identificación de falsas alegaciones de abuso sexual infantil. *International Journal of phychology and psychological therapy*, núm. 16, 73-82. En la página 77 los autores mantienen reticencias respecto a los informes emitidos por otros psicólogos que no sean de oficio.

⁴³ En la actualidad como consecuencia de las últimas modificaciones legislativas, parece existir una presunción de madurez en el menor al cumplir los doce años de edad.

⁴⁴ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Ed. Tecnos, 70. El autor sostiene que el interés del menor cumple dos funciones ambivalentes en relación con la patria potestad: por una parte es legitimadora de la actuación de sus titulares; y por otra, limitadora de su ejercicio, de tal forma que los actos realizados por los padres que no sean en interés del menor pueden considerarse una extralimitación en sus facultades.

⁴⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2017). Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del Menor*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 110. VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). *El interés del menor versus interés familiar...* *Opus cit.*, 521 y en 525 expresamente sostiene: «A pesar de las especificidades de la regulación, seguirá siendo un concepto indeterminado o abstracto que se deberá puntualizar en cada caso particular según las circunstancias concurrentes».

⁴⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 89-108. Plantea un interesante análisis compilatorio doctrinal y jurisprudencial del concepto del interés del menor.

⁴⁷ Díez Picazo, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos» (Tout pour l'enfant) en La tutela de los derechos del Menor. *I Congreso Nacional de Derecho Civil* (Coord. González Porras) Córdoba, 127 y sigs.

⁴⁸ Citamos, quizás por ser aquellas que más detalladamente tratan la cuestión las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 (*RJ* 1987, 1515), la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982, 7988), la STS 28 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7915) y la sentencia de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6722).

⁴⁹ NÚÑEZ ZORRILLA, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por la el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, Vol. 73, 2015/2. 125. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2016). *El derecho de la persona menor...* *Opus cit.*, 35. GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). *La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible...* *Opus cit.*, 491.

⁵⁰ GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). *El interés superior del menor...* *Opus cit.*, 115. La autora no solo establece que se trata de un concepto jurídico indeterminado, realiza también una concreción tomando como base la Observación núm. 14 (29 de mayo de 2013)

sobre el derecho del niño a que su interés sea considerado primordial y que fue aprobada por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en su 62º periodo de sesiones establece que se trata de «un concepto dinámico, complejo y flexible... que permite acompar su interpretación...».

⁵¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2017). Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores... *Opus cit.*, 111. El autor pone de manifiesto que la necesidad de justificar el interés del menor, ha suscitado en la práctica diversos problemas que tienen relación con tres cuestiones y a las que ha intentado dar respuesta el Tribunal Constitucional: la diversidad de valoraciones judiciales sobre el interés del menor, la relevancia del transcurso del tiempo y la necesidad de subsanar el déficit de motivación.

⁵² STC Recurso 3802-2004 de 6 de junio de 2005.

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor*. Madrid. Dykinson.

⁵⁴ Por su interés en este ámbito, recomendamos la lectura del artículo DE PALMA TESO, A. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el Derecho del siglo XXI), 185-215.

⁵⁵ En el Informe de la Defensora del Pueblo sobre «La escucha y el interés superior del menor», estudio finalizado y publicado en mayo de 2014 en su página 24 indica como recomendación que: «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 debe exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. (...) no basta con afirmar, en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del menor, se debe detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se debe explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso particular. <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

⁵⁶ El 3 de noviembre de 2010 en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño en las Naciones Unidas, respecto a España, se formulan las siguientes que quedan reflejadas en el Informe del Defensor del Pueblo: Se recomienda «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 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).

⁵⁷ El artículo 9.3 LOPJM establece: «Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

⁵⁸ SANTOS MORÓN, M. J. Menores y Derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *AFDUAM núm. 15, 2011*, 68.

⁵⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). La configuración del interés del menor *ex artículo 2 LOPJM. Opus cit.*, 497.

⁶⁰ Seminario celebrado los días 17 a 19 de febrero de 2010 (Código SE-10033) http://www.ammediadores.es/nueva/wpcontent/uploads/2013/11/Conclusiones_curso_GGPJ.pdf

⁶¹ <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>, 14.

⁶² MORENO ANTÓN, M. (2011). La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho del siglo XXI). 97 y sigs.

⁶³ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). La patria potestad... *Op. cit.*, 29.

⁶⁴ El Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de julio de 2013 establece como criterio de ponderación para determinar el interés del menor, en aras, en este caso a denegar la custodia compartida solicitada por el progenitor no custodio que: «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Este criterio viene a imponer una objetivación en la determinación del interés del menor que debiera generalizarse evitando automatismos impropios en este ámbito tan delicado.

⁶⁵ Resulta de gran interés el análisis que realiza GONZÁLEZ CAMPO, F. de A. (2017) Consideraciones sobre el tratamiento procesal civil y penal del menor en las reformas de 2015. En: Mayor del Hoyo, M.^a V. *El nuevo régimen jurídico del menor*. 601 y sigs. Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi.

⁶⁶ Ciertamente es que en el supuesto de cese de la convivencia de una pareja no matrimonial puede ser necesario iniciar varios procedimientos diferentes, pero también que la jurisprudencia menor, como nos recuerda ANDRÉS JOVER, J. M. (2003). Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y procesos, en: ORTUÑO MUÑOZ (2003) *Las Uniones Estables*. CGPJ. 227 y la doctrina se decantaron desde el principio en interpretar de forma amplia el artículo 770 LEC en lo que afectaba a la descendencia común y a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.

⁶⁷ MORENO-TORRES, M.^a L. (2015). La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista Indret. Barcelona*, octubre 4/2015. 4.

⁶⁸ ROMERO COLOMA, A. M. (2012). La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales. *La Ley* 17250/2012, 25 de enero de 2016, 7-11. Como pone de manifiesto la autora, en la actualidad la diligencia de práctica se realiza según cada juzgado de forma diferente. Hay juzgados que la practican en Sala; otros en su despacho; unos jueces realizan la diligencia estando solos, al paso que otros lo hacen en compañía del Ministerio Fiscal, y algún juzgado con el auxilio y asesoramiento de un psicólogo adscrito al servicio del Juzgado de Familia. También hay que tener en cuenta como la toga o la propia solemnidad de las salas puede afectar al menor, especialmente en un momento tan complejo en el que suele enfrentarse a personas que no conoce, que sabe que van a decidir sobre su futuro y a las que debe contar cuestiones que hasta el momento han pertenecido únicamente a su esfera familiar íntima.

⁶⁹ Mientras el juez se haya limitado, a pesar de su lógica capacidad de interpretación de los conceptos indeterminados, por el artículo 9.1 CE, que le obliga a supeditarse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, los Equipos Psicosociales y la actividad que tiene lugar en los Puntos de Encuentro y en los Centros de Atención a la Familia no concibe límites, lo que genera, como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, inseguridad jurídica, irresponsabilidad para con los informes emitidos e impunidad por carecer de límites en su actuación, por falta de regulación.

⁷⁰ En este sentido mostramos conformidad por los argumentos expuestos por el magistrado Manuel ARAGÓN REYES en el voto particular emitido en la sentencia 185/2012 de 17 de octubre.

⁷¹ ZAERA NAVARRETE, J. I. (2013). La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm 413/2014 de 20 de octubre (REC 1229/2013). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto, 799.

⁷² GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2009). Medios de prueba. En: HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.). *Los procesos de familia: Una visión judicial*. Madrid. Colex, 496.

⁷³ Entre otras citamos las siguientes sentencias: STS de 14 de mayo de 1987; STS de 30 de abril de 1991; SSTC 221/2002 de 25 de noviembre; SSTC 71/2004 de 19 de abril; 152/2005 de 6 de junio y la STS 413/2014 de 20 de octubre.

⁷⁴ En el asunto FERNÁNDEZ CABANILLAS contra España. Demanda 22731/13 y fundándose en las sentencias TEDH (Elsholz c. Alemania [GC], núm. 25735/94, TEDH 2000-VIII; Sommerfeld c. Alemania [GC], núm. 31871/96, TEDH 2003-VIII (extractos); y en especial Volesky c. República Checa, 29 de junio de 2004) se consideró correcto el inicio de terapia para determinar si existía síndrome de alienación parental, cuando las menores había expresado desde el inicio su rechazo a mantener contactos con su padre. La sentencia no manifiesta las razones aducidas por las menores para no querer establecer contactos con su padre, y por el contrario se considera correcto iniciar terapia para un diagnóstico. Nos preguntamos entonces ¿Los derechos de las menores? ¿Terapia para un diagnóstico? ¿La actuación judicial produjo lesión en el derecho de las menores? A resultas de como finalizó el procedimiento, más allá de la cuestionable corrección judicial en este caso, el único principio que no vemos enunciado en los antecedentes ni tampoco en la sentencia es el interés del menor.

⁷⁵ Así lo manifiesta Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO (2010). Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de familia de Madrid en *¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazan la figura del progenitor no custodio?* Artículo publicado en el Derecho.com Lefebre. http://www.elderecho.com/civil/Resultaria-juridicamente-discernimiento-rechazasen-progenitor_12_187185008.html.

⁷⁶ Audiencia Provincial de Madrid. Sección 22 Resolución 820/2014.

*(Trabajo recibido el 17-10-2017 y aceptado
para su publicación el 8-11-2017)*