

**ANÁLISIS DOCTRINAL DEL DERECHO DEL NIÑO
A SER ESCUCHADO: TENSIONES NORMATIVAS Y
PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN EL CONTEXTO
DEL DERECHO DE FAMILIA***

***DOCTRINAL ANALISYS OF THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD:
NORMATIVE TENSIONS AND LEGE FERENDA PROPOSALS IN
THE CONTEXT OF FAMILY LAW***

Rev. Boliv. de Derecho N° 41, enero 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 624-661

* Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación en consolidación: "Cuestión de Orden Público: Problemática jurídica actual. COP" de la Universidad Cardenal Herrera-CEU, CEU Universities.

Beatriz
HERMIDA
BELLOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 9 de diciembre de 2025

RESUMEN: El derecho del niño a ser escuchado es esencial para concretar su interés superior en todos los asuntos que le afecten. Este derecho está ampliamente regulado a nivel internacional, si bien la normativa interna española presenta notas de dispersión y falta de armonización. Tras analizar la normativa, doctrina y jurisprudencia aplicable, el estudio propone una urgente reforma legislativa que armonice las normas y unifique criterios de aplicación del derecho en cuestión.

PALABRAS CLAVE: Derecho a ser escuchado; interés superior del niño; audiencia; procedimientos de familia; seguridad jurídica; dispersión normativa; armonización; convención; lege ferenda; niño; menor; escucha.

ABSTRACT: *The child's right to be heard is essential to realizing their best interest in all matters that affect them. This right is extensively regulated at the international level, although Spanish legislation is characterized by fragmentation and lack of harmonization. After analyzing the applicable regulations, legal scholarship, and case law, this study proposes an urgent legislative reform to harmonize the rules and unify application criteria regarding this right.*

KEY WORDS: *Right to be Heard; best interests of the child; hearing; family proceedings; legal certainty; legislative fragmentation; convention; lege ferenda; child; minor.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CUESTIONES PRELIMINARES.- I Origen del concepto de escucha al niño y relevancia del lenguaje.- 2. Naturaleza jurídica del derecho de niños, niñas y adolescentes (NNA) a ser escuchados y q características principales de este derecho.- 3. Fundamento de este derecho.- 4. Finalidad de la escucha y alcance de la opinión del niño.- III. REGULACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL.- I. Normas de Derecho internacional.- 2. Observación general núm. 12 (2009) Sobre el derecho del niño a ser escuchado.- A) Punto de partida de la Observación General.- B) Análisis de las cuestiones más destacadas que plantea la observación general.- 3. Normativa interna.- IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO Y PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS. CRÍTICAS A LA NORMATIVA VIGENTE.- I. Comparativa de la redacción de las principales normas. Terminología y criterios empleados para concretar el derecho a la escucha.- 2. Problemas detectados en la aplicación de las normas y críticas a la normativa vigente.- A) Dudas acerca de la obligatoriedad de la audiencia al niño.- B) Dudas acerca de la aplicación del criterio de madurez y del criterio de la edad.- C) Ausencia de regulación sobre cómo llevar a cabo la audiencia.- D) Comunicación al niño de los resultados de la audiencia y de la decisión adoptada.- V. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho del niño a ser escuchado es un punto clave en la determinación de su interés superior; que debe presidir la fundamentación de todas las decisiones que se tomen con relación al niño.

Esta cuestión ha sido objeto de regulación profunda en el ámbito internacional, sobre todo a raíz de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, de la que España es parte.

La regulación internacional parte del claro principio de la obligatoriedad de prestar voz a los niños en los asuntos que les afecten. Esta regulación internacional ha dado lugar a una cascada de normas en el ámbito interno que abordan la cuestión, ni con demasiada técnica legislativa ni con demasiado orden y estructura.

Por ello, se hace necesario un estudio en profundidad de la situación normativa actual con el fin de realizar un diagnóstico sobre el estado de la cuestión y poder plantear una propuesta de medidas de mejora que garanticen el interés superior del niño y su debida protección. Este será el objeto de nuestro estudio.

Nos centraremos en los supuestos en los que el niño debe de ser escuchado en el ámbito del Derecho de familia y dejaremos al margen otros ámbitos como el penal o el administrativo, que se pueden estudiar en futuras investigaciones.

• Beatriz Hermida Bellot

Profesora adjunta, Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas, Universidad Cardenal Herrera-CEU. Correo electrónico: beatriz.hermida@uchceu.es.

Para ello abordaremos, en primer lugar, una serie de cuestiones preliminares en aras a poner en contexto al lector y a aclarar algunos conceptos terminológicos sobre el lenguaje que se debe utilizar al referirnos al derecho de escucha del niño, la naturaleza jurídica y fundamento de este derecho - como parte de sus derechos fundamentales-, así como la finalidad que tiene esta escucha, que no es otra que procurar mecanismos al juez para concretar su mejor interés.

En un segundo capítulo estudiaremos la situación actual de las normas en el Derecho internacional, haciendo especial hincapié en las recomendaciones vertidas por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General núm. 12, así como en el Derecho interno. Se analizarán y compararán unas normas con otras con la finalidad de detectar posibles incoherencias y contradicciones.

Seguidamente, analizaremos las principales problemáticas detectadas en la normativa interna, para realizar una crítica profunda de la situación normativa actual, sobre todo, teniendo en cuenta la disparidad de criterios aplicados en las diferentes normas y la falta de armonización de estas.

En última instancia, se realizará una propuesta de *lege ferenda*, que tratará de dar respuesta a la problemática detectada en el epígrafe anterior.

Para todo ello se acudirá al estudio directo de las normas, de informes redactados por el Comité de los Derechos del Niño y del Defensor del Pueblo, así como a diferentes artículos doctrinales y jurisprudencia tanto de diferentes Audiencias, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

II. CUESTIONES PRELIMINARES.

I. Origen del concepto de escucha al niño y relevancia del lenguaje.

No siempre el niño ha sido considerado como un sujeto de derechos digno de ser tenido en cuenta. Fue la Convención sobre los derechos del niño la que supone el gran cambio de paradigma por el cual el niño deja de considerarse un objeto que debe de ser protegido, para ser considerado como un sujeto titular de sus propios derechos¹, los cuales deben ser garantizados.

El art. 3 de la Convención recoge la obligatoriedad de que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deben de atender, en todas las medidas concernientes

¹ Cfr. CARDONA LLORENS, J.: "Derecho a ser escuchado y a participar", en AA.VV.: *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España* (dir. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 232; y LEPIN, C. y LAMA, B.: "La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del Derecho a ser oído", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 775.

a los niños, a su interés superior. Aparece así el concepto de interés superior del niño como consideración primordial para tener en cuenta por las instituciones.

Este art. 3 debe de ponerse en necesaria correlación con lo establecido en el art. 12 de la Convención. Este artículo recoge el derecho del niño a ser oído y escuchado para que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, debiéndosele escuchar en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Decimos que estos artículos están correlacionados en la medida en que entendemos que la mejor manera de poder determinar cuál es el interés superior del niño es dándole voz en aquellas decisiones que afecten a su esfera personal o jurídica.

Así, poniendo en relación estos dos artículos de la Convención, podemos definir el derecho del niño a ser escuchado como derecho subjetivo que corresponde a todo menor de edad en aras a comprender su mejor interés en las decisiones que le afecten y que consiste en darle voz y hacerle partícipe de las decisiones que se tomen en relación con el mismo.

Nótese el lenguaje que utiliza la Convención, hace referencia a que el niño debe de ser “escuchado”, que no “oído”, y utiliza la expresión “niño” y no “menor”.

La Convención sobre los derechos del niño recomienda el uso sistemático de la expresión “niño” en lugar de “menor” en el propio texto de la Convención, en concreto en su art. 1 cuando señala que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)”.

La Convención de 1989 se refiere a “niños” en lugar de “menores”, para enfatizar en su condición de sujetos de derecho y no en la de meros objetos de protección. Este cambio respalda la idea de autonomía progresiva y reconocimiento de la personalidad jurídica de la infancia, superando el término “menor” que tradicionalmente se asimilaba a la incapacidad o inferioridad².

Por otro lado, no significa lo mismo “oír” que “escuchar”. El término “escucha” conlleva ponerse en lugar de la persona que manifiesta su opinión y que esta sea tenida en cuenta, de manera que cuando la decisión final se aparte de la opinión del escuchado, esta decisión debe fundamentarse. “Oír”, sin embargo,

2 Cfr. ABEL LLUCH, X.: “Un decálogo de buenas prácticas para la audiencia de niñas, niños y adolescentes”, *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 144, 2023, p. 17.

representa un mero trámite procesal de escasa trascendencia, que no implica asumir lo manifestado por quien expresa su opinión³.

A pesar de ello, aún hoy en nuestro ordenamiento y en el lenguaje jurídico que utilizan operadores, doctrina y jurisprudencia, se utiliza la expresión “derecho del menor a ser oído”⁴.

Ya el Defensor del Pueblo criticó esta cuestión en el informe realizado en el año 2014 sobre la escucha y el interés superior del menor⁵ al indicar que la expresión “ser oído” “implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída” y continúa: “El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño”.

Por todo ello, en el presente trabajo, utilizaremos la expresión “niño” en sentido neutro, o “niño, niña y adolescente” (NNA), así como “infancia” o “infancia y adolescencia”, para referirnos al menor de edad; y el término “escuchado” o “derecho a ser oído y escuchado” evitando la voz única “oído”, que tradicionalmente se utiliza.

2. Naturaleza jurídica del derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a ser escuchados y características principales de este derecho.

La naturaleza del derecho de NNA a ser escuchados es una de las cuestiones más controvertidas que suscita el tema que tratamos.

La teoría minoritaria se sustenta por aquellos autores que entienden que el trámite de escucha del niño constituye un medio de prueba que, a pesar de no estar recogido entre los medios de prueba que señala el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), podría encontrarse bajo el paraguas de la declaración de testigos o del reconocimiento judicial sobre la base de la cláusula abierta que recoge el art. 299.3 LEC⁶.

3 Cfr. GISBERT POMATA, M.: “El menor en el proceso judicial: el derecho a ser oído y escuchado”, en AA.VV.: *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España* (dir. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 260.

4 Véanse a modo de ejemplo y sin carácter exhaustivo: SAP Ciudad Real 8 enero 2024 (JUR, 2024, 117897), STS 12 febrero 2025 (JUR, 2025, 18448), STS 14 diciembre 2025 (JUR 2024, 486029).

5 Cfr. Defensor Del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Editorial MIC, Madrid, 2014, p. 43.

6 Cfr. VERNENGO PELLEJERO, N. C.: “Problemática relativa a la exploración del menor en los procesos contenciosos matrimoniales”, *Practica de Tribunales*, núm. 124, 2017 y en el mismo sentido VALLESPÍN PÉREZ, D.: “El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso”, en *Practica de Tribunales*, núm. 131, 2018.

La doctrina mayoritaria entiende que la escucha consiste en una diligencia judicial que tiene por objeto conocer los deseos y preferencias del niño, orientada a concretar su interés superior, sin tratarse de un medio de prueba. Esta opinión está más alineada con la perspectiva de considerar al niño no como objeto del procedimiento, sino como sujeto de derechos, convirtiéndose así el derecho del niño a ser escuchado como un verdadero derecho subjetivo⁷.

En aquellos casos en los que, por mandato del Código Civil, LEC y Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor -que más adelante estudiaremos- el niño deba de ser escuchado, este no declara sobre los hechos controvertidos⁸, ni acude al juzgado como testigo para esclarecer lo acontecido entre sus padres, ni el juez practica un reconocimiento sobre su persona⁹, sino que acude para explicar su voluntad y deseos sobre cuestiones que le afecten. Es por ello por lo que no podemos entender esta declaración del niño como un medio de prueba.

Dicho esto, nada obsta para que el niño o niña no pueda actuar en un juicio como parte -podría serlo sobre la base del art. 6.1.1º. de la LEC- como persona jurídica que es y con la debida representación; como testigo, para esclarecer hechos controvertidos; o ser objeto de prueba pericial, cuando sea explorado por expertos que realicen dictamen sobre sus condiciones personales o sociales¹⁰. Sin embargo, no se le presume ninguno de estos *status* cuando se pretende hacer cumplir su derecho a ser escuchado al amparo de la normativa interna e internacional.

Por otro lado, debemos de puntualizar: que no se trate de un medio de prueba, no es óbice para que todo aquello que manifieste el niño en un procedimiento no pueda ser tenido en cuenta por el juez para hacerse una idea de los hechos acontecidos o para formarse un juicio que le permita tomar una decisión acerca de la cuestión suscitada. Por lo tanto, la declaración del niño al ser escuchado no es un medio de prueba, pero puede tener relevancia probatoria¹¹.

7 Cfr. GISBERT POMATA, M.: "El menor", cit., p. 290.

8 Cfr. MORERA VILLAR, B.: "El interés del menor y su participación en los procesos de familia tras la LO 8/2021 de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022, p. 1379.

9 Cfr. BARBER CÁRCAMO, R.: "El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta", *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 17, 2019, p. 18.

10 Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, p. 192.

11 Cfr. PILLADO GONZÁLEZ, E.: "El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo y relevancia probatoria", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. B. OTERO OTERO y S. CALAZA LÓPEZ), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 639.

Numerosas sentencias del Tribunal Supremo reconocen la teoría que considera que la escucha del niño no supone un medio de prueba, a modo de ejemplo: STS 15 enero 2018¹² o la STS 12 febrero 2025¹³.

Además, -siguiendo con el estudio de su naturaleza- se trata de un derecho del niño. El Tribunal Constitucional ha elevado este derecho a la categoría de fundamental, tengamos en cuenta la STC 9 mayo 2019¹⁴ cuando señala que “El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para los poderes públicos (...). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habrían sido oídos o explorados”. Así, el Tribunal Constitucional integra este derecho como parte de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE¹⁵.

Asimismo, como derecho fundamental, está regulado por ley orgánica (Ley Orgánica de protección Jurídica del Menor), como más adelante estudiaremos.

Por su carácter de derecho fundamental, es un derecho irrenunciable e intransmisible¹⁶. No obstante, debemos precisar: es irrenunciable el derecho en sí, sin embargo, el niño puede renunciar a su ejercicio y nunca puede convertirse en una obligación para este, tal y como señala la Observación General núm. 12 del comité de los Derechos del Niño¹⁷. Es decir, llegado el momento procesal oportuno -que puede ser cualquier momento del proceso-, el niño puede decidir no querer ser escuchado. Su postura en este caso deberá ser respetada, porque se trata de un derecho y no de una obligación.

Por otro lado, no es un derecho absoluto, en la medida en que se puede denegar por el juez en aquellos casos en que su ejercicio pueda perjudicarle y ser contrario a su interés. Esta cuestión se contempla en el art. 9.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el que profundizaremos más adelante. La

12 F.J. 4º STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 28).

13 F.J. 4º STS 12 febrero 2025 (RJ 2025, 18448).

14 F.J. 4º STC 64/2019, de 9 de mayo (RJ 2019, 64).

15 Cfr. MAZZINI PAREJO, B.: “El derecho de los menores con discapacidad auditiva a oír y ser oídos”, en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. B. OTERO OTERO y S. CALAZA LÓPEZ), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 699.

16 Cfr. MORERA VILLAR, B.: “El interés”, cit., p. 1378.

17 Comité de los Derechos del Niño (Naciones Unidas), Observación General núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 julio 2009, párrafos 16, 22 y 134 b).

negativa del juez a escuchar al niño, puesto que supone una excepción, debe ser motivada en la resolución correspondiente¹⁸.

Este mismo artículo, en su párrafo segundo contempla la posibilidad de que el niño ejercite este derecho por medio de representante. Entendemos que en aquellos casos en los que el niño actúe por medio de representante, este tendrá el papel de un *nuntius* o mero transmisor de la opinión del niño en la medida en que es un derecho que, por su naturaleza, solo puede ejercitar el niño.

3. Fundamento de este derecho.

El derecho del niño a ser escuchado supone una vía para que los niños, niñas y adolescentes puedan expresar sus deseos e inquietudes en la toma de decisiones que les afecten, para que las familias y los operadores jurídicos puedan concretar cuál es su mejor interés. Es, por tanto, una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que va unido a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y que son fundamento del orden político y de la paz social -ex art. 10.I de la Constitución-.

Los menores de edad, como sujetos con personalidad jurídica, tienen derecho al pleno reconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Pese a las limitaciones de su capacidad de obrar, motivadas por su evolución progresiva, nada obsta para que puedan expresarse libremente en el desarrollo de esta personalidad.

A su vez, este derecho es manifestación de la autonomía progresiva de la que gozan los menores de edad, esta autonomía les permite decidir por sí mismos y sin interferencias en aquellas cuestiones que les afectan¹⁹.

4. Finalidad de la escucha y alcance de la opinión del niño.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la finalidad esencial del derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales que le afectan será la de poder indagar y proteger el interés superior del niño. Este derecho permite al órgano judicial conocer la perspectiva, deseos y circunstancias del niño, para adoptar la decisión que mejor salvaguarde su bienestar y desarrollo integral. Así lo establece la STS 20 junio 2023, que sintetiza la doctrina consolidada: “la audiencia del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal”²⁰.

18 Cfr. ZAERA NAVARRETE, J.: “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, 2015, p. 803.

19 Cfr. SANTANA RAMOS, E. M.: “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, p. 103.

20 STS 20 junio 2023 (RJ 2023, 4106).

La finalidad del derecho a ser oído se encuentra reconocida en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 24), y en la Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño, que subrayan la importancia de que el niño pueda expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, y que dicha opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez.

Las Audiencias Provinciales han recogido la finalidad del derecho de escucha de niños, niñas y adolescentes en términos coincidentes con la doctrina del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en Sentencia de 26 julio 2022²¹, señala que la audiencia del menor es el medio por el que el menor ejercita su derecho a ser escuchado, derecho de la personalidad que se le reconoce en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, y que tiene por objeto indagar sobre su interés para su debida y mejor protección. Igualmente, la Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia de 14 octubre 2021²², destaca que la finalidad de la audiencia es atender al interés prioritario del niño, que debe prevalecer sobre cualquier otro, y que la valoración de su opinión debe realizarse en función de su edad y madurez.

En conclusión, la finalidad del derecho del niño a ser escuchado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, consiste en garantizar que las decisiones judiciales que le afectan se adopten tras conocer y valorar su opinión, en aras de la protección de su interés superior. Este derecho se configura como una garantía esencial de su estatuto jurídico y de la tutela judicial efectiva.

Con esta diligencia judicial se busca que el juez tome contacto con el niño y este pueda manifestarle su opinión, preferencias y voluntad²³.

Queremos poner énfasis en la idea de que cuando el niño expresa su opinión ante el juez, lo hace como sujeto de este derecho y no como objeto, se hace necesario distinguir, por tanto, entre el trámite de audiencia y la exploración del niño por expertos.

En el primer caso, el niño, como sujeto que tiene opinión propia, manifiesta sus opiniones en ejercicio de su derecho a ser escuchado. Como consecuencia de ello, el juez puede, en atención a su grado de madurez y a su mejor interés, tener en cuenta, o no, estas opiniones.

21 SAP Pontevedra 26 julio 2022 (JUR 2022, 319026).

22 SAP Cádiz 14 octubre 2021 (2022, 40404).

23 Cfr. GRANDE SEARA, P.: "La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. B. OTERO OTERO y S. CALAZA LÓPEZ), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 655 y 659.

En el segundo supuesto, el niño se convierte en objeto de la actuación, y lo que interesa al juzgador en este caso, no son sus opiniones, sino el dictamen de los especialistas sobre la situación del niño o su grado de madurez²⁴.

En cuanto al alcance de la declaración del niño tras ser consultado por el juez, el Tribunal Supremo ha precisado que el interés del niño no necesariamente tiene que coincidir con su voluntad, debiendo el juez valorar la madurez del niño y si sus deseos responden a influencias externas o a criterios propios. La exploración judicial busca, por tanto, una valoración individualizada de la situación del niño.

Así, la STS 15 enero 2018²⁵, recoge expresamente que el interés de niño o niña no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. Mas recientemente, en el mismo sentido se pronuncia la STS 23 enero 2025²⁶.

No obstante, el hecho de que el juez pueda no tener en cuenta la opinión del niño no puede excluir que este sea escuchado²⁷.

Por tanto, la finalidad de la escucha no es proporcionar al juzgador un veredicto, sino dotarle de la información necesaria para tomar esta decisión, ya que, con ella, el juez puede concretar e individualizar cual es el interés superior del niño en cuestión y dictar una sentencia coherente con este interés.

Este punto de vista acerca del alcance de la opinión del niño pone de manifiesto que el juez tiene una función de control sobre la autonomía que se reconoce a la infancia²⁸. El derecho del niño a ser escuchado, pese a su carácter de fundamental, no es absoluto y puede verse limitado por el juez en aquellos casos en que su opinión no sea tenida en cuenta o en aquellos casos en los que el juez de manera motivada decida no escuchar al niño. Es por este motivo, por el que, en el caso en el que el juez se aparte de la voluntad del niño debe fundamentarlo y basar su decisión en que solo de esta manera se protege su mejor interés.

Esta teoría tiene su fundamento en el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, cuando señala que la opinión del menor será tenida en cuenta según su edad y madurez. El juez deberá considerar la opinión del niño bajo el prisma de estas dos circunstancias, teniendo en cuenta, que puede no tener

24 Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Tutela judicial", cit., p. 194.

25 FJ4 STS 15 enero 2018 (2018/28).

26 FJ3 STS 23 enero 2025 (ECLI:ES:TS:2025:383).

27 Cfr. BO JANÉ, M. y CABALLERO RIBERA, M.: "El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿Sujeto activo en la determinación de su interés?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1996, p. 1490.

28 Cfr. BARBER CÁRCAMO, R.: "El derecho", cit., p. 20.

suficiente madurez para saber qué es lo mejor para su interés o que, por su condición, haya podido ser manipulado en la formación de su voluntad.

De este modo, el solo hecho de que la voluntad del niño no sea decisoria para el juez actúa como elemento disuasorio para los padres y otros familiares implicados a la hora de intentar captar la voluntad del niño en aras a su propio interés.

Esta circunstancia se le debe trasladar también al niño en la fase previa a su declaración, a los efectos de restarle presión a la hora de conversar con el juez. El niño tiene que saber que su opinión va a ser tenida en cuenta, pero que el juez la valorará junto con otras circunstancias y que quien toma la decisión final es el juez y no el niño.

III. REGULACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL.

I. Normas de Derecho internacional.

Son numerosas las normas que a lo largo de los años han abordado la cuestión acerca del derecho de los niños a ser escuchados tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Sin duda, la regulación de esta cuestión en el ámbito interno vino motivada por su previa regulación internacional a través de normas directamente aplicables a los estados firmantes o que les obligan a modificar su normativa vigente. Cronológicamente, las normas que debemos tener en cuenta son las siguientes:

En primer lugar, la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, primer texto internacional -adoptado por la Sociedad de Naciones y no vinculante- en reconocer los derechos de los niños y la responsabilidad de los adultos hacia los mismos, y que sienta las bases de los documentos posteriores.

A continuación, se publica la Declaración sobre los derechos del niño de 1959. Declaración no vinculante de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que supuso el primer gran consenso internacional sobre los derechos de los niños. Si bien no recoge expresamente el derecho a la escucha de la infancia, sí que reconoce principios básicos de protección de los menores como el de no discriminación, igualdad de oportunidades, derecho al nombre o a la nacionalidad, a la educación y salud, entre otros. Supuso el prelude necesario para el reconocimiento de estos y otros derechos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Convención sobre los derechos del niño, sí que es un verdadero tratado internacional jurídicamente vinculante para los estados firmantes, entre ellos España.

El objetivo principal de la Convención fue garantizar que los estados parte adoptaran medidas para la protección de los niños. Sin embargo, supuso un punto de inflexión en el tratamiento de la infancia ya que reconoce a los niños la posibilidad de expresar su opinión en los asuntos que les afecten, en la medida en que no son meros objetos de protección, sino que se les considera verdaderos sujetos de derechos.

La Convención, una vez ratificada por España, se convirtió en norma interna de obligado cumplimiento y esto obligó a adaptar la normativa interna a los dictámenes de esta.

Este tratado recoge en su art. 12 la piedra angular de toda la regulación posterior nacional e internacional sobre los derechos de la infancia a ser escuchada, y dispone:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

La Convención tiene como finalidad que los niños puedan ejercer sus derechos y que estos sean respetados por los estados y por las personas²⁹.

Posteriormente, en 1992, el Parlamento Europeo aprobó la Carta europea de los derechos del niño, este documento, no vinculante para los estados, contiene una resolución con recomendaciones y principios sobre la protección y derechos de la infancia. En concreto, su art. 15 señala que:

“Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión

29 Cfr. CARDONA LLORENS, J.: “Derecho a”, cit., p. 232.

a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño”.

Insiste como puede observarse, en la necesidad de escuchar al niño en las decisiones que le afecten atendiendo a su edad y grado de madurez. Llama la atención que, pese a ser un instrumento posterior a la Convención, hable de “oír” y no de “escuchar”, que como hemos visto *supra* es el término utilizado y recomendado por la Convención sobre los derechos del niño. Sin embargo, su espíritu es el mismo que el de la Convención ya que la Carta insta a los estados miembros a adherirse y cumplir con los mandatos de esta.

A continuación, se aprueba por el Consejo de Europa el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo en 25 de enero de 1996. En concreto, se refiere a los derechos de los niños a ser escuchados en su art. 3:

“Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo:

- a. recibir toda la información pertinente;
- b. ser consultado y expresar su opinión;
- c. ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución”.

Y en su art. 6:

“En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá:

- a. examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales;
- b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente:

- asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente;
- consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño;
- permitir al niño expresar su opinión;
- c. tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño”.

Tampoco utiliza el término “escucha”, pero sí hace hincapié en la necesidad de consultar al niño antes de tomar decisiones que le afecten a los efectos de conocer su mejor interés y en la necesidad de que el niño sea informado.

En el año 2000 se aprueba la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se refiere al derecho al que estamos prestando atención en el art. 24:

“Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

Llama de nuevo la atención que se refiere a “menor” y no “niño” apartándose de la tendencia de los textos anteriores. Refuerza la idea de que el niño pueda expresar su opinión y que esta se tenga en cuenta a los efectos de determinar su interés superior. De nuevo alude a la edad y condiciones de madurez en cuanto al alcance de su declaración para que esta sea tomada en cuenta como hemos visto en las disposiciones que la preceden.

Por último, debemos de hacer mención a la Observación General Núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, que analizaremos por separado dadas la trascendencia de sus disposiciones.

2. Observación General núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado.

A) Punto de partida de la Observación General.

Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño son instrumentos no vinculantes que sirven para interpretar y aclarar el contenido, alcance y aplicación de los derechos proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciendo recomendaciones, principios y directrices dirigidos a los estados para orientarles en la aplicación de la Convención.

La Observación General núm. 12 surge en el afán del Comité de los Derechos del Niño por interpretar y aplicar de forma práctica el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, antes mencionado. Como hemos visto, este artículo consagra el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten.

El origen de la Observación General núm. 12 radica en la necesidad que advierte el Comité de los Derechos del Niño de aclarar y detallar cómo los estados debían garantizar la participación efectiva de los niños, partiendo de la experiencia acumulada por el Comité de los Derechos del Niño, los gobiernos, las ONGs y los propios niños sobre la aplicación del art. 12.

La publicación de la Observación General núm. 12 en 2009 por el Comité de los Derechos del Niño responde a que el art. 12 es uno de los principios fundamentales de la Convención y a las lagunas detectadas en su cumplimiento. El objetivo de la Observación General es apoyar a los Estados en la aplicación efectiva del derecho a ser escuchado, interpretando su alcance y condiciones en procedimientos judiciales, administrativos y otras decisiones que afectan a los niños.

B) Análisis de las cuestiones más destacadas que plantea la Observación General.

- La escucha como derecho y como principio.

La Observación General núm. 12 califica el derecho de los niños a ser escuchados como uno de los valores fundamentales de la Convención – junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño-. Se le reconoce, por tanto, no solo como un derecho, sino como un principio que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar los demás derechos.

La Observación General destaca en primer lugar que el derecho del niño a ser escuchado comprende, por un lado, el derecho a expresar sus opiniones y,

por otro, a que esta opinión sea tenida en cuenta. El ejercicio de este derecho no puede suponer, por tanto, un mero trámite, sino que la opinión del menor de edad debe de ser valorada y analizada por los operadores y las familias y ser tenida en cuenta en las decisiones que le afecten.

Destaca, además, que este es un derecho y no una obligación para el niño, que puede renunciar al ejercicio de su derecho, decidiendo no expresar su opinión.

Sin embargo, sí que establece como obligación para los estados el garantizar el cumplimiento de este derecho.

- Sobre cuándo debe escucharse al niño.

La Observación General señala que debe escucharse al niño cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, tal y como establece el art. 12. Este mandato implica que los estados deben de evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma y nunca deben de presumir que el niño no es capaz de expresar sus opiniones por el hecho de ser niño, más bien lo que se debe de presumir es la capacidad.

Como explicaremos más adelante, nuestro Derecho desatiende este criterio al señalar en su normativa que se presume la capacidad para los mayores de doce años, pero no para los menores de esta edad.

Por otro lado, señala que el criterio para determinar la capacidad del niño para formarse una opinión y expresarla no puede ser la edad, este criterio supone restringir el derecho del niño a ser escuchado y se desaconseja su aplicación por los estados.

La Observación general insiste en que no es necesario para que el niño manifieste su opinión que tenga un conocimiento exhaustivo de los aspectos del asunto que le afecta, sino que basta con que tenga una comprensión suficiente de la cuestión para haberse formado un juicio propio.

Además, este texto advierte a los estados de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, sobre todo cuando los niños sean “muy pequeños”. La utilización de esta expresión pone de manifiesto que el Comité de los Derechos del Niño no excluye la escucha a niños de corta edad, más bien hace hincapié a la necesidad de adaptar la forma de escucha a la capacidad de cada niño.

Por lo tanto, la postura del Comité es clara en cuanto a la obligatoriedad de escuchar a los niños en todo caso, siempre que hayan podido formarse una

opinión sobre el asunto que les afecta, de manera que no se discrimine a los niños por razón de la edad.

Establece, además, el comité en la Observación General de manera categórica que debe ser escuchado siempre en todos los asuntos que le afecten. Por lo que siempre que la cuestión que se debata en sede judicial o en el ámbito familiar afecte al menor de edad este debe ser escuchado.

Además, insiste en que debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, tanto en los iniciados por él como en los iniciados por otras personas.

- La escucha como derecho y no como obligación y precauciones que se deben adoptar.

El art. 12 establece que el niño tiene que poder expresar su opinión libremente. Este concepto “libremente” es interpretado por la Observación General en el sentido de que el niño no debe de estar presionado al ejercer su derecho y, por otro lado, debe poder elegir si ejercer o no su derecho a ser escuchado.

Es frecuente en los procesos de familia que los niños se vean presionados por sus padres o por otros allegados, y los estados deberían garantizar que esto no ocurriera.

Esta cuestión entronca directamente con la obligación de los estados de establecer protocolos, normas o recomendaciones sobre cómo llevar a cabo el acto de escucha.

Es importante, además, destacar que el Comité señala que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria y que reconoce que el proceso de escucha es difícil y puede causarle daños traumáticos.

Aborda en este punto la necesidad de evitar una revictimización del menor de edad. Para ello los estados deberán establecer garantías para que no tenga que ser escuchado varias veces dentro de un procedimiento -en las diferentes instancias, por ejemplo- y establecer modos adecuados de escucha para evitar causarle daños, por ejemplo, formando a los jueces y fiscales que deban entrevistar al niño sobre el modo más adecuado para realizar la escucha.

En todo caso, como apunta CARDONA -miembro del Comité de los Derechos del Niño- no se deben adoptar por los estados posiciones paternalistas que lleven

a limitar al niño el derecho a la escucha, con tal de que este no sufra daños, sino que debe de escuchársele del modo adecuado para que esto no ocurra³⁰.

En este sentido, establece el Comité que no se puede escuchar de manera eficaz al niño cuando se encuentre en un entorno de escucha intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a su edad. Se deben de procurar ambientes accesibles y apropiados para los niños. En esta cuestión influye la capacitación que se dé a los operadores, la vestimenta que usen los mismos -evitando, por ejemplo, el uso de la toga- o el diseño de las salas para que sea amigable.

- Criterios sobre la valoración de la opinión del niño.

Veámos anteriormente que, en opinión del Comité, el criterio de la edad no debe ser una limitación para escuchar al menor de edad, sin embargo, sí que lo es para tener en cuenta la opinión del niño.

Los criterios que debe valorar el juez al escuchar al niño son la edad y la madurez del niño. Estos criterios deberán ponderarse de manera conjunta al evaluar la opinión del niño, es decir, la edad no puede ser un criterio de discriminación. Entiende el Comité que los niveles de comprensión de los niños no van ligados a su edad biológica y hay que evaluar cada caso en particular para saber si en función de la edad y, además, de la madurez del niño, se puede y debe tener en cuenta su opinión.

El Comité define la madurez a estos efectos como “capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”³¹.

- Formas en las que el niño puede intervenir.

Lo puede hacer por sí mismo o a través de representante, el representante no puede ser una persona respecto de la cual el niño tenga un conflicto de intereses en ese asunto.

3. Normativa interna.

La Constitución Española de 1978 supuso el punto de partida por el cual se empiezan a considerar los derechos de los niños en nuestro país. En concreto, es el art. 39 CE el que establece que los poderes públicos deben de asegurar la protección integral de los hijos y que los niños merecen la protección dispensada

30 Cfr. CARDONA LLORENS, J.: “Derecho a”, cit., p. 239.

31 Comité de los Derechos del Niño (Naciones Unidas), Observación General núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 julio 2009, párrafo 30.

por los convenios internacionales que velan por ellos. Este es un principio rector de la política social y económica.

La Constitución Española provocó la modificación de numerosos preceptos del Código Civil a través dos normas que inciden en la materia que ahora tratamos: de la Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial y la Ley de 7 de julio de 1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La primera introduce por primera vez en nuestro Derecho -art. 154 CC- que los hijos deben de ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten, siempre que estos tuvieren suficiente juicio, - según redacción inicial-. La segunda, introduce los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio y señala en el art. 92 que las medidas judiciales que se adopten en estos procesos sobre el cuidado y educación de los hijos deben de adoptarse en beneficio de los hijos tras oírlos, siempre que tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años -también según redacción original-.

Estas normas, han sido sometidas a diversas modificaciones a lo largo de los años hasta llegar a su redacción actual, que analizaremos más adelante.

Además de la Constitución, las principales modificaciones legislativas sobre esta materia han sido motivadas por las siguientes normas:

- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LOPJM.

Esta ley supone el resultado de la transformación social y jurídica sobre la materia que se produjo tras la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños en 1996, anteriormente citados.

La ley supone un nuevo enfoque sobre el tratamiento de los menores de edad en el ámbito interno. Destaca el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y su capacidad progresiva para ejercerlos.

A pesar de que su art. 9, se refiere inicialmente al "derecho a ser oído" -esta expresión fue modificada con posterioridad, para añadir el término "escucha"-, en el preámbulo hace referencia a la necesidad extendida en las legislaciones de que el menor de edad sea "escuchado si tuviere suficiente juicio". Esta incoherencia en el lenguaje choca con la influencia que esta ley tiene de la Convención sobre los

Derechos del niño y la insistencia de esta por introducir el término “escucha” en lugar del de “ser oído”.

La ley hace hincapié en la autonomía progresiva del niño y en que las limitaciones derivadas de la edad deben interpretarse de forma restrictiva. El derecho a ser oído se configura como un elemento esencial para garantizar la autonomía del niño y su participación activa en la toma de decisiones que le afectan, trasladando así a nuestro Derecho interno el espíritu de las normas internacionales anteriormente mencionadas.

Además, destaca que el derecho a ser escuchado lo tiene el niño tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

- Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015.

Tuvimos que esperar hasta el año 2015 y a la aprobación de esta ley, para que se sustituyera el término “ser oído” por el de “ser escuchado”. Los cambios sociales producidos, así como las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño formuladas en la Observación General núm. 12 y en las recomendaciones que el Comité hizo a España el 3 de noviembre de 2010, junto con otros informes citados en el Preámbulo de esta norma motivaron este cambio en la legislación interna.

Así, esta ley orgánica, modifica los arts. 2 y 9 de la LOPJM. Esta ley sustituye en el título del art. 2 la expresión “principios generales” por la de “interés superior del menor”, que queda reforzado tras las modificaciones introducidas por esta ley -puede que hubiera sido más coherente con la normativa internacional hablar de interés superior del niño-. Además, establece que se debe atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor y reconoce el derecho a participar progresivamente y en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en aras a determinar su interés superior. También garantiza el derecho del niño a ser informado y a participar en las decisiones que le afecten.

En el art. 9 sustituye el título del artículo pasando de “Derecho a ser oído” a “Derecho a ser oído y escuchado” y reconoce que se debe escuchar a todo menor sin discriminación por razón de la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia y que se deberán tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Sin embargo, estos cambios son una mera declaración de intenciones en el preámbulo de la ley. En la práctica no se modifican estas expresiones en las normas reformadas por la ley y continúa usándose en ellas la expresión “derecho a ser oído”.

Introduce esta ley asimismo la expresión "madurez" frente a "suficiente juicio", que era la expresión utilizada hasta el momento, para armonizar la terminología a la normativa internacional -aunque ya se hizo referencia a la madurez en la Ley de adopción internacional- tal y como se señala en la exposición de motivos de la ley.

- Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015.

Esta norma también se refiere a la necesidad de oír -que no escuchar- a los menores en caso de que tengan madurez suficiente. La ley presume suficiente madurez a los doce años en los siguientes artículos: art. 161 CC para el caso de que la Entidad Pública suspenda temporalmente las visitas y comunicaciones al menor en situación de desamparo; arts. 156 y 159 CC, en relación con el ejercicio de la patria potestad; art. 173, para el caso del acogimiento y el art. 177, relativo al consentimiento del menor para la adopción³².

- Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, de 2021.

Esta norma señala entre sus fines en el art. 3 e) "Reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria".

Hace referencia la necesidad de que sean oídos y escuchados, sin embargo, de nuevo, en los artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que modifica, no utiliza la expresión "escuchar", sino "oír" (92, 154 y 158 CC).

Destaca entre sus disposiciones la modificación que la ley hace del art. 154 del Código Civil en el que introduce la necesidad de que los menores sean oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. Hasta el momento, en los procesos de familia, solo se había contemplado la posibilidad de escuchar al menor de edad en aquellos que fueran contenciosos, pero no de mutuo acuerdo. Sin embargo y como veremos posteriormente, la modificación de este artículo no ha supuesto la armonización del resto de normas concordantes.

32 Cfr. CANO HURTADO, M. D.: "El derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos de familia: análisis crítico de su aplicación", en AA.VV.: *Familia, Derecho y conflicto social: perspectivas desde las ciencias humanas*, (coord. R. BENEYTO BERENGUER y M. R. GARCÍA VILARDELL), Aranzadi, Navarra, 2025, p. 95.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO Y PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS DETECTADAS. CRÍTICAS A LA NORMATIVA VIGENTE.

I. Comparativa de la redacción de las principales normas. Terminología y criterios empleados para concretar el derecho a la escucha.

Tomaremos como punto de partida el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, norma principal en el tratamiento del derecho del niño a ser escuchado y que debería servir de base y fundamento a toda regulación interna posterior:

En el análisis comparado de las normas tendremos en cuenta los siguientes criterios a analizar: quién tiene derecho a ser escuchado, cuál es el derecho que ostenta el niño, cuándo puede ejercitarlo, qué criterios se utilizan para valorar su opinión y cómo se debe prestar la audiencia. Haremos referencia a estos criterios en la medida en que las normas estudiadas los mencionen.

En base al art. 12 de la Convención, quien debe de ser escuchado es el niño. Debe de poder manifestar su opinión todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. El artículo no limita el derecho por razón de la edad. Será suficiente con que el niño tenga criterio suficiente para comprender y formarse una opinión de la situación familiar en la que se encuentra para poder expresar sus opiniones.

El artículo indica que este derecho procede en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño. No distingue entre procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo, sino que hace referencia categóricamente a todos.

En cuanto a los criterios utilizados para que quien escucha al niño valore su opinión señala la edad y la madurez. El juzgador al evaluar la opinión del niño debe ponderar estas dos circunstancias en orden a tomar una decisión.

La opinión, el niño, la puede manifestar, directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, según este artículo.

Analicemos a continuación el art. 9 de la LOPJM en su redacción actual, referente en el ámbito interno y sobre la que deben pivotar el resto de las normas que aludan a este derecho. Esta norma debería respetar los mandatos de la Convención.

En primer lugar, hace referencia al “menor”, de manera que no asume la terminología recomendada por la Convención.

Señala que el menor debe ser oído y escuchado. Esto sí que supone un avance en la utilización del lenguaje.

Indica en el primer párrafo que deben de ser escuchados los menores sin discriminación de la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Parece deducirse del párrafo primero que todo niño ostenta este derecho y debe ser escuchado. Sin embargo, en el segundo párrafo señala que se debe garantizar la escucha del menor cuando tenga suficiente madurez. Se observa aquí una falta de criterio a la hora de definir cuándo debe ser escuchado el niño ¿siempre, en todo caso? ¿solo cuando tenga suficiente madurez? Preferiblemente, el criterio de madurez debería haberse mencionado también en el párrafo primero. Como vemos, se aparta del criterio utilizado por el art. 12 de la Convención.

Respecto de la evaluación de la madurez se presume *iuris tantum* cuando tenga doce años cumplidos, pero no antes.

Recoge, asimismo, la posibilidad de que pueda ser escuchado directamente o a través de representantes.

Respecto a en qué casos debe ser escuchado, hace referencia acertadamente tanto al ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Así, entendemos que el niño tiene derecho a ser escuchado en sus relaciones personales y familiares, aunque no se genere ninguna disputa que se deba sustanciar en los tribunales, así como en cualquier procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo.

Además, incorpora la posibilidad de que, en vía administrativa o judicial, cuando no convenga al interés del niño, pueda no escuchársele motivando la resolución correspondiente. Este mandato tampoco está contemplado como opción en la Convención, que parte de la premisa de que siempre que se cumpla el requisito de madurez se debe escuchar al niño.

En cuanto al criterio de valoración de sus opiniones, se alinea con lo expuesto por la Convención y atiende al criterio de la edad y madurez.

Además, añade una cuestión importante, el derecho del niño a recibir información en lenguaje comprensible. Por tanto, el niño no solo tiene derecho a ser escuchado, sino que también tiene derecho a ser informado. Es más, esta información se le debe prestar en condiciones adaptadas a su capacidad de entender.

En cuanto al Código Civil los artículos que analizaremos son: el 92, 154, 156, 158, 161, 173 y 177, que son los que de una manera u otra hacen referencia al derecho del niño del que nos ocupamos en estas líneas.

Todos ellos hacen referencia al “menor”, “hijo menor” o “menor de edad”, consolidando la idea de que, en nuestro Derecho, no se asume la modificación terminológica propuesta en el ámbito internacional. Fruto, también de ello, es la utilización de esta terminología por la jurisprudencia, como hemos visto en todas las sentencias tanto del Tribunal Supremo, como de Tribunal Constitucional y las Audiencias citadas anteriormente. El término “niño”, definitivamente, no acaba de arraigar en nuestra utilización del lenguaje.

Algo parecido ocurre con la expresión “ser oído”: todos los artículos se refieren a ella y ninguno a la “escucha”, pese a que, como hemos visto, sí que se utiliza en el art. 9 de la LOPJM, y ello, a pesar de los intentos de la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015 por introducir esta expresión.

Como se comentó, esta ley modifica el título del art. 9 LOPJM añadiendo el término “escuchados”, sin embargo, el legislador no aprovechó la ocasión para modificar los artículos afectados. Tampoco lo han hecho las normas posteriores modificativas de estos artículos. Se detecta así una falta de interés en la armonización de las normas.

Tampoco se ha armonizado la terminología relativa al criterio que determina que los niños deban ser escuchados. Mientras que el art. 92 hace referencia al suficiente juicio, los demás se refieren a madurez.

Esta cuestión va más allá, no queda claro en las normas en qué casos se ha de escuchar al niño, veamos a continuación como abordan los diferentes artículos esta cuestión.

El art. 92 señala que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, se debe oír a los menores con suficiente juicio, pero solo cuando se estime necesario -según su párrafo sexto-. Sin embargo, en el párrafo segundo del mismo artículo señala que el juez velará por el derecho a ser oídos de los menores -entendemos que en todo caso-. Por lo tanto, es dudoso según este artículo si se les debe escuchar con carácter obligatorio y como regla general, o si, por el contrario, solo se debe escuchar al menor cuando el juez lo considere necesario.

Esta falta de claridad contrasta con la obligatoriedad de escucha que tienen los operadores y las familias y que parece derivarse del art. 12 de la Convención y del art. 9 LOPJM.

Los demás artículos del Código Civil señalan lo siguiente:

- el art. 154 establece el requisito de la madurez para que el menor sea oído, sin hacer mención a ningún criterio de edad;
- el art. 156 hace referencia a la suficiente madurez y a que se deberá oír en todo caso al mayor de doce años, para los supuestos en los que haya desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad;
- el art. 158, alude a que en caso de desamparo se debe garantizar la audiencia del menor de edad. Podemos deducir, entonces, que obligatoriamente se debe escuchar a todos, sin distinción ni presunciones por razón de la edad;
- el art. 161 respecto a la determinación de las visitas a menores en situación de desamparo vuelve a utilizar el criterio de la suficiente madurez y la presunción de esta para los mayores de doce años;
- el art. 173 en cuanto a la prestación del consentimiento para el acogimiento familiar, utiliza también el criterio de la suficiente madurez y la presunción de esta para los mayores de doce años.
- En materia de consentimiento de la adopción, el art. 177 señala que solo puede hacerlo el mayor de doce años, pero debe ser simplemente oído por el juez el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

Observamos, por tanto, un galimatías de normas con criterios diferentes e inconexos, que no se ajustan ni a la normativa internacional -que no hace referencia a ningún requisito de edad-, ni a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, ni estrictamente a la LOPJM, que debería servir de referente, al menos, para armonizar la normativa interna.

Esta situación no puede dejar de generar desconcierto e inseguridad jurídica a la hora de aplicar las normas, así como incoherencias en la jurisprudencia, por falta de un único criterio.

El problema se torna aún más complicado cuando atendemos a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) que aluden a esta cuestión.

Al igual que ocurre con las normas del Código Civil, tampoco la LEC utiliza los términos “niño” ni “escucha”.

El art. 770, relativo al procedimiento contencioso en los procesos matrimoniales es realmente complicado de entender. Merece la pena transcribirlo para su análisis posterior: “Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de

oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieren alcanzado dicha edad".

De la dicción literal de este artículo no queda claro si existe obligatoriedad o no de escuchar al niño, ni tampoco, cuál es el criterio para determinar la escucha, en su caso.

Por un lado, hace referencia a que se les escuchará si "se estimare necesario", ¿quiere esto decir que si el juez de oficio, las partes o los equipos técnicos judiciales no lo considerasen necesarios no se les debe oír? ¿pueden las partes o los operadores privar de este derecho al niño? -entendemos que no, pues se trata de un derecho fundamental-. En este caso ¿por qué señala después que podrán ser oídos los menores de doce y en todo caso deben ser oídos los mayores de esa edad? ¿sí que es obligatorio escuchar siempre a los mayores de doce años? ¿o solo cuando además de tener esa edad se considere necesario a criterio del juez, de las partes o de los equipos técnicos? Y los menores de doce años podrán ser escuchados ¿cuándo? ¿cuándo se estime necesario? ¿qué criterios se deben seguir para estimar necesaria la escucha?

No se hace referencia en este caso en ningún momento al criterio de la madurez. Queremos entender que, en armonía con otras normas y, pese a la difícil redacción de este artículo, en los procedimientos contenciosos se debe escuchar a los menores de doce años si tienen suficiente madurez y, que se presume esta madurez para los mayores de doce años, por lo que a estos se les debería escuchar siempre.

Por otro lado, en cuanto a la forma de realizar la escucha, el artículo establece que se deberá realizar en condiciones idóneas para salvaguardar los intereses de los menores, sin interferencia de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas si fuera necesario.

Por su parte, el art. 777, relativo a los procedimientos de mutuo acuerdo, vuelve a señalar que los hijos serán oídos cuando se estime necesario, en este caso sin especificar nada más. De nuevo, se abre la incertidumbre acerca de si los niños deben ser escuchados, cuándo y en base a qué criterios.

Parece deducirse de estas normas que la escucha no es obligatoria. Esto contrasta abruptamente con la indicación del art. 154 del Código Civil cuando señala categóricamente que: "Si los hijos o hijas tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo".

Este novedoso criterio fue introducido por la citada Ley Orgánica 8/2021. El legislador perdió en este caso una oportunidad para armonizar definitivamente las normas relativas a esta cuestión, no solo en cuanto a la utilización del lenguaje, sino en cuanto al criterio para determinar la escucha.

Por último, ninguno de los artículos comentados, ni los de la LEC ni los del Código Civil, hacen referencia a los criterios que se deben tener en cuenta para valorar la opinión del niño. Ante la ausencia de norma, se deberá aplicar el criterio de la Convención: se evaluará según la edad y madurez del niño.

2. Problemas detectados en la aplicación de las normas y críticas a la normativa vigente.

Como hemos ido poniendo de relieve a lo largo de este trabajo, son numerosos los problemas que se detectan en la normativa en vigor sobre el derecho del niño a ser escuchado.

El problema fundamental viene dado por la dispersión normativa existente, la falta de coordinación de criterios entre normas y la falta de concreción en estas de algunas cuestiones.

Esta situación motiva que los distintos juzgados y tribunales apliquen las normas con diferentes criterios generando la consecuente inseguridad jurídica de los afectados.

A continuación, trataremos los principales problemas que observamos:

A) Dudas acerca de la obligatoriedad de dar audiencia al niño.

Hemos destacado en el epígrafe anterior la incoherencia de las normas acerca de cuándo es obligatorio escuchar al niño. A la vista de las normas aplicables, existen dudas acerca de si se le debe escuchar siempre, solo en los procedimientos contenciosos -pero no en los de mutuo acuerdo-, siempre al mayor de doce años, pero solo si tiene suficiente madurez en cuanto a los menores de esa edad, o solo cuando el juez lo estime necesario -en cualquier circunstancia y a cualquier edad-.

Algunos autores sostienen que la audiencia del niño puede causarle secuelas negativas³³. Desde nuestro punto de vista, el niño debe de ser escuchado siempre que sus condiciones de madurez le permitan expresar una opinión formada. Entendemos que esta opinión siempre será relevante para determinar su mejor interés. Si la cautela tiene por objeto evitar que pueda ver comprometida su

33 Cfr. CLAVIJO SUNTURA, J. H.: "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, p. 572.

seguridad física o psicológica, lo que se debe hacer es reforzar la seguridad y en ningún caso privarle de su derecho a ser escuchado³⁴.

Esta teoría se sustenta sobre la base de la reforma que introdujo la Ley Orgánica 8/2021. Esta norma modifica el art. 154 CC para establecer que los menores deben ser escuchados siempre, tanto en procedimientos contenciosos como de mutuo acuerdo cuando se trate de dilucidar cuestiones que le afecten.

Aplicando la máxima *lex posterior derogat anterior* este artículo debería prevalecer sobre aquellos anteriormente dictados que siembran la duda acerca de si se debe o no escuchar al niño siempre.

No obstante, con posterioridad a la reforma de 2021, se dicta la STS 20 junio 2023³⁵, que señala: “aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audiencia o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por ese medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada”.

Por tanto, el criterio de la jurisprudencia actualmente es el siguiente: si el niño tiene doce años o más, se le debe escuchar. Si el niño tiene menos de doce años se le escuchará solo si tiene suficiente madurez. Además, el juez puede denegar la audiencia de manera motivada en cualquier caso cuando la escucha suponga un perjuicio para el niño y se considere contraria al interés superior del mismo, cualquiera que sea la edad de este.

Este criterio no deja de ser sorprendente pues, si precisamente se da audiencia al niño para determinar su interés, cómo es posible justificar en base a su mejor interés que no se le da audiencia, sin haberle escuchado -lo que hubiera permitido determinar su interés-.

De esta manera el tribunal concluye que existe una presunción de escucha³⁶ al niño, destruye *iuris tantum* si el juzgador considera y fundamenta que la audiencia podría perjudicarlo. Discrepamos de esta opinión en la medida en que hemos

34 Cfr. CARDONA LLORENS, J.: “Derecho a”, cit., p. 235.

35 FJ4 STS 20 junio 2023 (ECLI:TS:2023:2727).

36 Cfr. MORERA VILLAR, B.: “El interés del menor y su participación en los procesos de familia tras la LO 8/2021 de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022, p. 1380.

señalado anteriormente que la escucha no debe perjudicar al niño si se han previsto los mecanismos de seguridad adecuados para que esto no ocurra.

Por último, pese a lo dispuesto en el art. 154 CC, es práctica común en los tribunales que al niño no se le escuche si el procedimiento es de mutuo acuerdo, bajo pretexto de agilizar el procedimiento, sin que la resolución motive en modo alguno la decisión³⁷. Esta situación podría estar vulnerado el derecho de los niños a ser escuchados, su derecho a la tutela judicial efectiva y el libre desarrollo de su personalidad.

B) Dudas acerca de la aplicación del criterio de madurez y del criterio de la edad.

El art. 12 de la Convención señala que podrá expresar su opinión todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio.

Además, la Observación General núm. 12 insiste en que se debe presumir la capacidad del niño para expresar su opinión y que el criterio para determinar la capacidad del niño no puede ser la edad. Pese a ello, como hemos visto al estudiar los artículos que tratan la cuestión en nuestro Derecho, la mayoría de estos artículos se refieren a los doce años como edad a partir de la cual se debe presumir la capacidad del niño, no presumiéndose, por tanto, antes de dicha edad.

Encontramos irrelevante que se incluya el criterio de los doce años para presumir la madurez. Si todos los niños deben ser escuchados, salvo que esto pueda perjudicarles -según criterio del tribunal- atendiendo a su madurez ¿qué relevancia tiene que se presuma a partir de los doce años? Es más, si el juzgador considerase que es contrario al interés del niño mayor de doce años darle audiencia, podría denegársela, por lo que ¿de qué sirve el límite de edad? Sería más acertado señalar que obligatoriamente, salvo criterio en contra del juzgador -que deberá expresar de manera motivada-, se debe dar audiencia al niño que tenga suficiente madurez³⁸.

En cuanto al modo de evaluar la madurez del niño: la madurez es una cualidad subjetiva del individuo, por lo que deberá evaluarse caso por caso³⁹. En ocasiones, el juez deberá recabar dictámenes de especialistas para poder considerar si el niño tiene suficiente madurez⁴⁰, así se recoge en el art. 9 de la LOPJM.

37 Se ha tenido conocimiento de esta práctica se conoce tras sostener diversas conversaciones con diferentes jueces y letrados en ejercicio.

38 Cfr. MORERA VILLAR, B.: "El interés", cit., p. 1391.

39 Cfr. CARDONA LLORENS, J.: "Derecho a", cit., p. 235.

40 Cfr. VERNEJO PELLEJERO, N.C.: "Problemática relativa" cit.

Se planteó en su momento la cuestión acerca de si podía sustituirse la audiencia al niño por el informe del equipo psicosocial que ya le hubiere escuchado. La polémica quedó zanjada en STC 29 junio 2009⁴¹, que entendió que en la medida en que la opinión del menor de edad ya había sido manifestada ante el equipo psicosocial, no era necesario dar de nuevo audiencia al niño por el juez. El TC justificó esta postura en que la normativa vigente en ese momento la audiencia al menor no se concebía con carácter esencial y que el art. 9 LOPJM permitía sustanciar esta audiencia a través de otras personas y, por otro lado, en que solo resultaba necesaria la audiencia cuando se estimare necesario por el juez.

La regulación actual nos plantea la duda de si esta sentencia ha quedado obsoleta en la medida en que conforme al art. 154 CC la audiencia sí que se considera esencial. En todo caso, se podría prestar a través de representantes, tal y como señala el art. 9 LOPJM, pero en ningún caso este artículo señala que la audiencia del niño pueda ser sustituida por el informe del gabinete psicosocial.

C) Ausencia de regulación sobre cómo llevar a cabo la audiencia.

La normativa estudiada regula los supuestos en que debe llevarse a cabo la audiencia, sin embargo, en ninguno de ellos se establece la forma concreta en que se debe realizar.

Si bien las últimas reformas han producido algunos avances sobre la materia:

- Se incorpora en el art. 9 LOPJM que el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de su derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

- También el art. 154 CC señala que se debe garantizar que los niños sean oídos en condiciones idóneas y en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias.

- El 770 LEC establece que la autoridad judicial garantizará que la audiencia se realice en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando sea necesario.

- Por último, el art. 18 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, señala que se debe realizar en acto separado, sin interferencias de otras personas, con asistencia del Ministerio Fiscal y en todo caso en condiciones idóneas y en términos accesibles, comprensibles y adaptados al menor, con el auxilio de especialistas cuando fuera necesario.

41 F.J. 4º STC 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 163).

Estas normas contienen una serie de buenas intenciones en algunos casos y concretan algunas cuestiones sobre el modo de llevar a cabo la audiencia en otros, si bien no definen ni concretan la forma correcta de llevarla a cabo.

A continuación, expondremos algunas recomendaciones:

En primer lugar, se debe preparar al niño para realizar la entrevista con el juez, tal y como señala la Observación General núm. 12. El niño debe recibir información sobre la posibilidad que tiene de comunicar su opinión directamente o por medio de representante. El representante, por supuesto, no puede tener ningún tipo de conflicto de intereses con el niño en el asunto cuestionado (ex art. 9.2 LOPJM). Asimismo, se le debe dar información sobre cómo, cuándo, dónde se realizará la escucha y quiénes van a participar.

También señala la Observación General que la escucha no puede realizarse en entornos intimidatorios, hostiles, insensibles o inadecuados para su edad. Destaca, también, la importancia de capacitar al personal que vaya a realizar la audiencia y de prestar atención al diseño de las salas del tribunal en las que deban ser escuchados, así como a la vestimenta de quienes intervengan.

En este sentido, los intervinientes, generalmente el juez, el fiscal, el letrado de administración de justicia y, en su caso, el miembro del equipo psicosocial, deben de prescindir del uso de togas para fomentar un ambiente amigable que no asuste o intimide al niño.

El ambiente en el que se escucha al niño tiene que ser propicio e inspirar confianza, el acto debe de adoptar forma de conversación, más que de entrevista, evitando que se realicen preguntas directas.

La audiencia se debe llevar a cabo a puerta cerrada y con carácter reservado para preservar la intimidad del niño⁴².

A pesar de las recomendaciones, deberían existir protocolos comunes⁴³ para la realización de la audiencia en aras a la protección de los niños y a que sean tratados de manera igual, sin discriminación alguna.

D) Comunicación al niño de los resultados de la audiencia y de la decisión adoptada.

42 Cfr. MORERA VILLAR, B.: "El interés", cit., p. 1387.

43 Cfr. Defensor Del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Editorial MIC, Madrid, 2014, p. 44.

A pesar de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en la Citada Observación General sobre el deber de los estados por informar al niño del resultado del proceso y explicarle cómo se tuvieron en cuenta sus opiniones -garantía de que estas opiniones se tienen en cuenta-, así como de la obligatoriedad de establecer vías de recurso para los niños, en la actualidad, ninguna norma de nuestro ordenamiento recoge esta cuestión. Esto genera la consecuente indefensión del niño.

Esta cuestión fue recogida por el Defensor del Pueblo en el informe anteriormente citado, en el año 2014, casi 12 años después, esta reclamación no ha obtenido respuesta legislativa alguna⁴⁴.

V. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

Tras analizar la situación de la normativa actual en el ámbito interno e internacional, entendemos que se hacen urgentes una serie de reformas que aporten orden, coordinación, armonización y seguridad jurídica al niño que debe ser escuchado. Ello contribuiría a facilitar la concreción del interés superior del niño en cada caso, en los asuntos que le afecten y a que se puedan tomar mejores decisiones con relación a este.

Las principales propuestas son las siguientes:

Primera: se debe modificar la utilización del lenguaje en la normativa actual, sería preferente utilizar la expresión “niño” y no “menor”, término en desuso en el ámbito internacional, que demuestra la obsolescencia de las normas en el ámbito interno.

Segunda: se debería incorporar el término “escucha” frente al “derecho del menor a ser oído”, expresión arraigada en nuestro Derecho y que denota la escasa trascendencia que se le da a esta cuestión, haciéndola parecer un mero trámite y no una verdadera intención de conocer y tener en cuenta la opinión del niño.

Tercera: se debe eliminar el criterio de la edad a la hora de determinar cuándo se ha de escuchar al niño. No podemos prescindir del criterio de la madurez, - resulta obvio que, aunque el derecho del niño a ser escuchado corresponde a todo niño, no se puede escuchar a un niño tan pequeño que ni siquiera sabe expresarse o tener conciencia de lo que quiere-. Resulta inútil presumir que el mayor de doce años tiene madurez para ser oído, si queda a discreción del juzgador escucharle, o no, cuando el ejercicio de este derecho pudiera perjudicarlo. En conclusión, la norma debería indicar que: se debe escuchar a todo niño que tenga suficiente

44 Cfr. *Ibid.* p. 44.

madurez, salvo en aquellos casos en que el juez motive debidamente que el ejercicio de este derecho pueda resultar perjudicial para el mismo.

De esta manera se cumpliría con el espíritu trasladado en las normas de la Convención y en la interpretación que de las mismas hace el Comité de los Derechos del Niño.

Todas las normas afectadas deberían modificarse en este sentido, lo que eliminaría la falta de concordancia entre las mismas y la consiguiente falta de seguridad jurídica.

Cuarta: se deben armonizar las normas para seguir el criterio iniciado por el art. 154 del Código Civil y dejar claro tanto en el ámbito sustantivo, como en el procesal, que al niño se le debe escuchar siempre ya sea en procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo. Evitando dudas y normas inconexas que generan confusión.

Quinta: se deben dictar protocolos sobre el modo de llevar a cabo la escucha y concretar cuestiones sobre cómo deben ser las salas en las que se preste audiencia al niño, quiénes deben estar presentes, cómo deben vestir y dirigirse al niño para preservar el respeto hacia el mismo y su intimidad, cómo evitar que se pueda captar su voluntad por familiares implicados, etc.

Sexta: no se está cumpliendo con la normativa internacional sobre el deber de informar al niño de los resultados de la audiencia y del proceso y de la posibilidad que tiene de recurso. La sentencia se comunica a los padres y no existe en el procedimiento fase de traslado al niño. Se deben completar las normas de procedimiento actuales para garantizar este derecho del niño.

VI. CONCLUSIONES.

El derecho del niño a ser escuchado es considerado un derecho fundamental, en la medida en que se inserta por la jurisprudencia como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Además, es manifestación de su autonomía progresiva y del derecho del niño al libre desarrollo de su personalidad. Esto es así en la medida en que a través de la expresión de su opinión en los asuntos que le afectan, las personas que deben protegerle (jueces, fiscales, familiares...) pueden concretar el interés superior del niño en cuestión.

A pesar de las sucesivas normas que se han dictado en nuestro ordenamiento jurídico para adaptar nuestro Derecho a las normas de Derecho internacional sobre la materia -desde la LOPJM de 1996, hasta la LO 8/2021- la regulación interna es deficiente por varias razones:

De las exposiciones de motivos de las diferentes normas se observa un espíritu renovador de la cuestión y una voluntad de adaptación de nuestro Derecho al Derecho internacional, sin embargo, el texto de las sucesivas normas en sí y las modificaciones que hacen de los artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, no acaban de plasmar esta voluntad.

Se sigue utilizando un lenguaje inadecuado que no repara en el niño como sujeto de derechos, sino como objeto del proceso o como objeto de protección. Además, se contempla la escucha como un mero trámite, que en ocasiones es posible obviar y no como una forma de colocarse en lugar del niño para comprender mejor sus intereses. Son demasiadas las reticencias que aún existen en la legislación y en la jurisprudencia sobre la necesidad y utilidad de dar audiencia al niño.

La deficiente técnica legislativa ha hecho que se genere en nuestro ordenamiento una dispersión normativa y una sucesión de normas inconexas no armonizadas, que en nada ayuda al niño en el ejercicio de su derecho. En este sentido, no queda claro en las normas cuándo se debe escuchar al niño, bajo qué criterios ni en qué tipo de procedimientos, porque cada norma dice una cosa.

Es de alabar la última reforma producida, la Ley Orgánica 8/2021, por la que se modifica el art. 154 CC, que de manera categórica señala que se debe escuchar a todo menor con suficiente madurez tanto en procedimientos contenciosos como de mutuo acuerdo. Sin embargo, esta ley no aprovechó la ocasión para reformar el resto de las normas relativas a esta cuestión, armonizarlas y darles un sentido, por lo que en la práctica este criterio no se está aplicando. No se escucha a los niños en procedimientos de mutuo acuerdo y se sigue utilizando el criterio de los doce años para determinar si se escucha, o no, al niño.

Tampoco se ha abordado en nuestro Derecho la cuestión acerca del derecho que tiene el niño en estos procesos de ser informado de los resultados de este, así como de los resultados de su audiencia.

Todo esto genera la consiguiente indefensión e inseguridad jurídica del niño, por lo que se debería acometer una reforma legislativa que armonizase las normas y estableciera criterios alineados con los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X.: "Un decálogo de buenas prácticas para la audiencia de niñas, niños y adolescentes", *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 144, 2023.

BARBER CÁRCAMO, R.: "El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta", *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 17, 2019.

BO JANÉ, M. y CABALLERO RIBERA, M.: "El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿Sujeto activo en la determinación de su interés?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1996.

CANO HURTADO, M. D.: "El derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos de familia: análisis crítico de su aplicación", en AA.VV.: *Familia, Derecho y conflicto social: perspectivas desde las ciencias humanas* (coord. R. BENEYTO BERENGUER y M.R. GARCÍA VILARDELL), Aranzadi, Navarra, 2025.

CARDONA LLORENS, J.: "Derecho a ser escuchado y a participar", en AA.VV.: *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España* (dir. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2020.

CLAVIJO SUNTURA, J. H.: "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

GISBERT POMATA, M.: "El menor en el proceso judicial: el derecho a ser oído y escuchado", en AA.VV.: *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España* (dir. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2020.

GRANDE SEARA, P.: "La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. B. OTERO OTERO y S. CALAZA LÓPEZ), Aranzadi, Navarra, 2022.

LEPIN, C., y LAMA, B.: "La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del Derecho a ser oído", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005.

MAZZINI PAREJO, B.: "El derecho de los menores con discapacidad auditiva a oír y ser oídos", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. B. OTERO OTERO y S. CALAZA LÓPEZ), Aranzadi, Navarra, 2022.

MORERA VILLAR, B.: "El interés del menor y su participación en los procesos de familia tras la LO 8/2021 de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022.

PILLADO GONZÁLEZ, E.: "El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo y relevancia probatoria", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. B. OTERO OTERO y S. CALAZA LÓPEZ), Aranzadi, Navarra, 2022.

Santana Ramos, E.M.: "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 29, 2014.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: "El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso", *Practica de Tribunales*, núm. 131, 2018.

VERNENGO PELLEJERO, N.C.: "Problemática relativa a la exploración del menor en los procesos contenciosos matrimoniales", *Practica de Tribunales*, núm. 124, 2017.

ZAERA NAVARRETE, J.: "La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial, comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

