

# Participación de menores en juicio y valoración de su voluntad por el tribunal

Comentario a la STS de 2 de febrero de 2022

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

En el presente comentario –haciendo referencia a la cuestión principal tratada– vamos a ilustrar con otras resoluciones y disposiciones legales, que profundizan y reiteran los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2022, de 2 de febrero. Por consiguiente, no se trata de centrarnos exclusivamente en esta sentencia –porque se verá después, en la última parte del comentario sobre el derecho o no al conocimiento de la voluntad expresada por el menor por las partes del proceso–, sino de complementar, a mayor abundamiento, con otras que nos aportan nuevas ideas sobre los criterios determinantes para valorar la decisión de explorar o no al menor de 12 años. La relativa a la necesidad, entendida desde la perspectiva del juicio o madurez del menor y la conveniencia para su interés, de tal suerte que no han de darse necesariamente las dos, pues, pudiendo ser necesaria la exploración, también puede no ser conveniente. Y, en ambos casos, la ineludible motivación de las causas, las dos o una de ellas, si le conducen al juez a rechazar explorar la voluntad del menor. Ahora bien, vaya por adelantado que el rechazo por falta de madurez, en ausencia de persona especializada que asesore –como suele ser lo normal en la práctica–, convierte la motivación en una visión subjetiva del juzgador carente de rigor.

Que el juez vele por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído, según dice el artículo 92 del CC, significa, no que esté obligado a tener en cuenta su opinión, sino que sea explorada su voluntad para saber si lo deseado responde o no a su interés; porque sucede que ese derecho pertenece al orden público, es de obligado cumplimiento, y su vulneración provoca la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Este artículo también añade que las medidas se dictan después de oír al fiscal y a los menores con juicio suficiente, bien de oficio o a instancia del fiscal o de las partes, o del menor. El equipo técnico, en todo caso, dictará un informe cuando se le haya pedido. Aquí lo importante es ver cómo se desarrolla y se aplica en la práctica este importante precepto. Y eso requiere de comentario aparte.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de marzo de 2022).

No siempre se explora al menor, en ocasiones se decide la intervención inmediata del equipo técnico adscrito al juzgado, porque se piensa que los profesionales que intervienen van a realizar la misma tarea con un alto grado de fiabilidad por su especialización, con un estudio más completo de la unidad familiar y de cuantos datos sean precisos. La prueba, en su conjunto, define las medidas de custodia para con los hijos, pero es curioso que el artículo indicado nos introduzca en la idea de que la relación de los padres entre sí y para con sus hijos podrá ser determinante de la idoneidad para decidir el régimen. Como se puede observar, por tanto, son diferentes los elementos de la decisión, y la exploración es solo uno más. Cuando decimos que el equipo técnico interviene, y lo hace con regularidad, es porque los psicólogos y educadores son personas cualificadas que emiten un dictamen razonado con una metodología precisa.

En ocasiones, recurrir al informe y no explorar la voluntad del hijo menor de 12 años es un recurso que se justifica porque aclara muy bien lo idóneo para el caso. El juez se sirve de esta diligencia de prueba y elude la exploración muy probablemente en los supuestos en los que no está clara la madurez o el juicio para decidir si proceden a escuchar en audiencia aparte al menor. Lo cierto es que así no se cumple con el espíritu del precepto que pretende preservar el derecho a ser escuchado; pero es cierto también que, antes de los 12 años, no es preceptiva su intervención. El Tribunal Supremo nos ha dicho que difícilmente una medida se puede apartar del dictamen sin una motivación rigurosa por parte del juzgador, cuando el informe técnico es preciso y posee esa metodología indicada aplicada por los profesionales cualificados. Ya indicaremos al final que no todos los juzgados son uniformes en esta materia; de ahí que esta sentencia nos parezca aclaratoria e importante, con el fin de garantizar la unidad de criterios para no vulnerar el interés del menor. Pues debe comprenderse algo esencial: la decisión no pasa solo por la conveniencia, sino por respetar el derecho –sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia– de intervenir en el proceso de familia (art. 9 LOPJM), y sin que ello suponga erigir al hijo en protagonista del mismo.

Como dice la sentencia del Supremo, parafraseando la de 9 de mayo de 2019 del Tribunal Constitucional (NCJ064064):

El derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado» ha sido introducido por primera vez en el artículo 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el artículo 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con esta descripción o enumeración de los preceptos, la sentencia se está preparando para el argumento definitivo; es decir, determinar si es conveniente al interés del menor su exploración y si esta deviene necesaria por su grado de madurez. Y decidir si la falta de

motivación es la causa directa de la casación de una sentencia que no contempló la audiencia del menor. No solo la norma interna –que mencionaremos después–, las internacionales –en la que nos inspiramos– otorgan un amplio reconocimiento de ese derecho, y todos los poderes públicos están vinculados de conformidad en los artículos 10.2 y 39.4 de la CE. Porque cuando el primero de los artículos citados nos dice que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y el segundo: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», ambos preceptos nos recuerdan la imperatividad de la obligación legal.

Por lo que a nuestra norma interna más significativa se refiere, ese derecho se desarrolla en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La exposición de motivos de esa ley destaca el nuevo protagonismo del menor, su necesaria participación en los asuntos que le afecten.

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

De otro lado, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recupera la idea del artículo 39 de la CE sobre la obligación de los poderes públicos de asegurar, en especial, la protección de los menores de edad.

Escuchar su opinión en un procedimiento de medidas, en divorcios, separaciones o relaciones de hecho, no solo es un derecho, es una manera de proteger al menor de obligado cumplimiento para los poderes públicos (para el juez). La modificación operada por esta ley en el artículo más conspicuo sobre esta materia tiene su explicación en el desarrollo,

de forma más detallada, del derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Se sustituye el término juicio por el de madurez, tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros. Se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. Se toma, además, en cuenta en esta regulación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Bellerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo (sentencia núm. 96/2009, de 10 de marzo).

Esta exposición de motivos de la Ley 8/2015 explica convenientemente el porqué de la necesidad de contar con el criterio del menor en los procedimientos de familia, y es un complemento a lo ya expuesto en la STS 577/2021 (NCJ065720), de 27 de julio parafraseando la del TC 64/2019, de 9 de mayo (NCJ064064).

Ahora, en congruencia con lo dicho, conviene mencionar la siguiente sentencia del TSJC de 9 de enero de 2014 (que después de referirse a la audiencia de los menores cuando tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años), que viene impuesta por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 antes citada (art. 12); por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por el artículo 770.4 de la LEC 1/2000, y a la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación con el artículo 24.1 de la CE, ha establecido que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento (judicial o administrativo) que le afecte. Y el tribunal debe valorar lo conveniente para el menor conjuntamente con todos los factores que subyacen en esta procesosa ejecución; factores que, en ocasiones, coinciden con la voluntad expresada por los menores; factores de los que resulta el pronunciamiento más adecuado. El deseo del menor con suficiente juicio puede ser atendido, siempre será necesario:

- a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres;
- b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo,
- c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

Y finalmente, nos sirve el siguiente comentario: Como dice la Sentencia de la APM de 6 de octubre de 2020, el informe «pericial psicosocial [...] reúne todas las garantías de objetividad e imparcialidad y tiene una metodología completa.» Esa misma sentencia valora el interés del menor y este preside el informe que se realiza por el fiscal, sin desconocer los derechos y obligaciones de los padres y el contenido de la guarda y custodia y del régimen de visitas establecido. De que sigamos los criterios de la STS de 25 de abril de 2018 (NCJ063384) cuando afirma:

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 de mayo [NCJ051961]; 124/2002, de 20 mayo [NCJ042983]; 144/2003 de 14 julio, [NCJ041813]; 71/2004, de 19 abril [NCJ040472]; 11/2008, de 21 de enero [NSJ025694]). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al hijo menor el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con ese principio, el artículo 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios:

- a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y
- b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del juez debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquellos.

Por eso, el interés justifica una vez más que sea escuchado en todo procedimiento que le afecte. Y, en cuanto al informe psicosocial, reforzando lo apuntada más arriba, la STS núm. 482/2018, de 23 de julio, rec. núm. 5231/2017, nos recuerda que «cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos».

La STS menciona también los apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil. Y que dicen lo siguiente:

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

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

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

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

Al margen de los comentarios de la STS, analizando los párrafos transcritos se puede añadir alguna idea que proviene de la praxis en relación con la norma. Conviene fijarse en que para valorar la madurez y decidir si procede la exploración, el precepto invoca la intervención de personal especializado. ¿El juez es personal especializado? ¿El Fiscal?... Cuando se está desarrollando la vista y se ha propuesto la exploración de un menor de 11 años, por ejemplo, ¿quién auxilia al juez para decidir al respecto? Es evidente que nadie y que, de existir dudas, el personal especializado –como dijimos más atrás– es el equipo técnico, que verá al menor, realizará sus conclusiones y nos dará su idea sobre la voluntad expresada. El precepto también está contemplando al menor con alguna discapacidad. Por consiguiente, sí puede intervenir por sí mismo, si no a través del representante y cabe el intérprete cuando sea necesario. La especialización va unida en este caso con la madurez del juez o del fiscal y la mayor o menor capacidad de captación de las posibilidades de que un menor pueda y deba ser valorado en exploración. Es decir, en la práctica no existe un asesoramiento cuando se tiene que tomar la decisión de explorar o no al menor en el acto de la vista.

Del apartado 3.º destacamos que la denegación ha de ser motivada. Ya hemos transcrito alguna sentencia que contempla esta obligación. Aquí conviene decir simplemente que es infrecuente la motivación y por ello esta STS sanciona y casa la sentencia, pues se nos

dice en ella literalmente: «En el presente caso, la menor no fue oída por el juez de 1.<sup>a</sup> instancia. Aun siendo cierto que no tenía aún 12 años, la denegación debió ser motivada, bien por no resultar necesaria al carecer de madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente por su interés». Aquí está el fundamento de la casación: la falta de motivación. Y qué debe contener esa motivación: que no resulten necesaria o conveniente. La necesidad se predica de la madurez; la conveniencia en función de su interés. Con lo cual, pudiendo ser necesaria puede no ser conveniente porque no responda a su interés. Una vez más se comprueba que el principio básico es este último; es decir, el interés del menor decide. El recurso de casación se estima porque se han vulnerado las normas citadas y desatendido la jurisprudencia que cita esta sentencia que se está comentando. La infracción procesal se produce al no motivar la denegación, infringiendo los artículos 206.1.2.<sup>a</sup> y 208.2 de la LEC, en relación con los artículos 247 y 248 de la LOPJ. También se vulneran los preceptos mencionados en la resolución por infracción de ley y la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, vulnerando el principio de interés del menor (se remite a su lectura).

Aun cuando no es objeto de la sentencia que estamos comentando, no podemos pasar por alto el análisis del derecho de las partes a tener conocimiento o no del contenido de lo manifestado por el menor en la exploración, por la interrelación existente y la invocación que se hace en esta sentencia de la STC núm. 64/2019, de 9 de mayo, rec. núm. 3442-2018 (NCJ064064). Cuando se documenta la exploración por el letrado de la Administración de Justicia, esa voluntad puede ser el objeto del deseo de las partes, que quieren, como es lógico, saber qué dijo el menor. Sucede, entonces, que hay una colisión de derechos y está en juego el derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE. Según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio (NCJ063335),

tiene por objeto «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE [EDL 1978/3879]), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida» (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre [NCJ058102], FJ 7)» (FJ 5). Obsérvese –como indica la STC (Pleno) núm. 64/2019 de 9 de mayo, rec. núm. 3442/2018, a la que seguimos en esta parte del comentario– que hay una relación entre ese artículo 18 de la CE y el 9.1 de la LO 1/1996, que preserva la intimidad del menor en los procedimientos judiciales. ¿Cómo conciliar la exploración con la intimidad y el derecho de las partes a conocer el contenido como manifestación de la tutela judicial efectiva? De existir el conflicto, el interés del menor es prioritario. Como dice el criterio de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, su interés superior es de una consideración primordial.

La sentencia del Constitucional, al invocar el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, hace una observación muy interesante, pues, conforme al precepto si concurren varios intereses –es nuestro caso– «deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este inte-

rés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, los «derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados». La observación es la siguiente: si el artículo 18.2.4.<sup>a</sup> de la Ley 15/2015 prevé acta detallada de la exploración judicial del menor, con traslado a los interesados para que puedan efectuar alegaciones, y «en el expediente de jurisdicción voluntaria, son interesados las partes», ¿es constitucional poder no conferir ese traslado a los abogados? Lo mismo podría decirse de un proceso de familia, en el cual se practica la exploración y el abogado solicita que se le permita conocer su contenido. No permitir el traslado de parte del contenido importante para preservar el derecho de defensa y la utilización de los medios de prueba pertinentes (art 24.2 de la CE). ¿La intimidad puede limitar o impedir el conocimiento de la voluntad del menor? Pues esta es la cuestión compleja entre los derechos del menor a participar en el procedimiento y los de los abogados. Hay que tener en cuenta que la cuestión no es baladí, porque en la práctica de los procesos de familia es muy frecuente que se escuche a los menores de los padres que se divorcian o separan. Por otro lado, no es menos importante considerar que la exploración pueda no ser una diligencia de prueba dentro del pleito sino un derecho del menor, lo cual cambia claramente la perspectiva procesal y el derecho a reclamar su conocimiento; a diferencia del fiscal que interviene en defensa del interés del menor, no parte formal en sentido estricto, el cual sí conocerá el resultado de la exploración, en la que estará presente.

En definitiva, ante la tesitura y conflicto derechos aludido, entre el derecho a la audiencia y el de contradicción, el Tribunal Constitucional se pronuncia de la siguiente manera:

La exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Por otro lado, la función tuitiva del fiscal refuerza esta garantía, dada su especial vinculación con los intereses de los menores de la que son buena muestra las Instrucciones 2/2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, y 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores.

Pues bien, resulta que se ha de saber preguntar al menor para probar y al mismo tiempo para preservar su intimidad, como si fuera fácil el deslinde, o el acotamiento, como dice el Tribunal Constitucional. El juez, el fiscal garante y el letrado de la Administración de Justicia han de ser sensibles, inteligentes y oportunos. El acta solo recogerá lo que puede ser leído por el resto de los letrados, que al mismo tiempo sirva para preservar la intimidad del menor y la prueba de lo trascendente en el pleito. Tarea sumamente difícil, que se nos antoja más propia de la teoría que de la realidad y de la práctica. Así, y solamente de esa manera, los derechos en conflicto quedarán garantizados y el letrado podrá dar traslado del acta con el resultado de la exploración a las demás partes procesales. Insistimos que nos parece un ejercicio de artificio de difícil consecución. La lectura nos proporcionará a todos la información adecuada, sin que en ningún caso quede mermado el contenido por lo que haya sido objeto de ocultación para proteger la intimidad del menor. No parece ser muy convincente el argumento.