



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La defensa jurídica del menor desde una óptica internacional: incorporación de la figura del abogado del menor en España

Sara María Fusté de Cara

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Internacional Privado

**LA DEFENSA JURÍDICA DEL MENOR DESDE UNA ÓPTICA
INTERNACIONAL: INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL
ABOGADO DEL MENOR EN ESPAÑA**

**SARA MARÍA FUSTÉ DE CARA
BARCELONA, 2022**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Internacional Privado

**LA DEFENSA JURÍDICA DEL MENOR DESDE UNA ÓPTICA
INTERNACIONAL: INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL
ABOGADO DEL MENOR EN ESPAÑA**

Directora: Dra. Carmen Parra Rodríguez

Tutora: Dra. Georgina Garriga Suau

SARA MARÍA FUSTÉ DE CARA

BARCELONA, 2022

Tomarlos de la mano y luchar con ellos hasta el final.

V.L.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto la incorporación de la figura del abogado del menor en España en los procesos de Derecho de familia. Para ello, se ha llevado a cabo un estudio sobre la evolución de la protección del menor en el ámbito de la Unión Europea y en la esfera internacional, así como una investigación en derecho comparado, concretamente con el ordenamiento jurídico argentino. Las bases que rigen los ordenamientos normativos vigentes en España no responden a la práctica diaria en los juzgados de familia. Es por ello que resulta necesario garantizar la defensa de los menores a través de la propuesta de esta nueva institución en aras a proteger de forma íntegra sus derechos, así como evaluar la compatibilidad que presenta con el resto de figuras con las que coexiste en el sistema jurídico actual.

Resum

Aquest treball té per objecte la incorporació de la figura de l'advocat del menor a Espanya en els processos de Dret de família. Per tal d'elaborar-lo s'ha dut a terme un estudi sobre l'evolució de la protecció del menor en l'àmbit de la Unió Europea i en l'esfera internacional, així com una investigació en dret comparat amb l'ordenament jurídic argentí. Les bases que regeixen els ordenaments normatius vigents a Espanya, no responen a la pràctica diària en els jutjats de família. Es per això que es fa necessari garantir la defensa dels menors mitjançant la proposta d'aquesta nova institució amb la finalitat de protegir de forma íntegra els seus drets, així com avaluar la compatibilitat que presenta amb la resta de figures amb les que coexisteix al sistema jurídic actual.

Abstract

The purpose of this paper is to incorporate the figure of the minor's counsel in Spain in family law processes. For this purpose, a study has been carried out on the evolution of protection of minors in the European Union and at the international level, as well as an investigation of comparative law, particularly the Argentinian legal system. The bases governing the normative systems in force in Spain, do not respond to the daily practice in family courts. This is why it is necessary to ensure the defence of children through the proposal of this new entity to fully protect children's rights, as well as to evaluate its compatibility with the rest of the figures the current legal system coexists with.

Palabras claves / Keywords

Menor – Menores – Niños, Niñas y Adolescentes – Derecho de la Unión Europea – Ordenamiento Jurídico – Defensa – Derechos – Abogado del menor – Derecho de familia – Procesos judiciales – Reglamentos internacionales – Instrumentos jurídicos

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I: MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	18
1.- CUESTIÓN PREVIA. PERSPECTIVA CIVIL DEL CONCEPTO MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL. _____	19
1.1.- Criterio objetivo o cronológico. La capacidad jurídica. _____	20
1.2.- Criterio subjetivo. Reconocimiento de la capacidad de obrar. _____	25
1.3.- La determinación de la minoría de edad a nivel nacional e internacional. _____	32
1.4.- La responsabilidad civil del menor. _____	40
2.- MARCO TEÓRICO INTERNACIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. _____	46
2.1.- Evolución en la protección de los menores. _____	47
2.1.1.- Situación previa y necesidad de reglamentación. Declaración de Ginebra de 1924.....	47
2.1.2.- Progresismo del menor para el desarrollo del ser humano. La Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1959.....	53
2.1.3.- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.	56
2.1.4.- Efecto de los textos internacionales como fuente de aplicación directa a nivel nacional.	67
2.2.- Interés superior del menor como derecho fundamental. _____	75
2.2.1.- Vertiente procesal. Cuestión de orden público.....	75
2.2.2.- Vertiente sustantiva. Configuración y alcance del concepto. ...	79
2.2.3.- Vertiente interpretativa. Incorporación al ordenamiento jurídico español.	85

2.3.- Efecto en España del derecho internacional relativo a la protección del menor. _____	89
2.3.1.- España y la recepción de normas internacionales.	90
2.3.2.- Normativa de la Unión Europea y su incorporación en el Derecho Español.	93
3.- PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. ____	97
3.1.- Consideración desde el derecho público. _____	97
3.1.1.- Naciones Unidas.	97
3.1.2.- Unión Europea.....	102
3.2.- Evolución de la protección del menor en el ámbito privado. ____	107
3.2.1.- Conferencia de la Haya.	107
3.2.1.1.- Los Convenios de la Haya sobre los derechos del niño. .	109
3.2.2.- Convenios Europeos.	116
3.2.2.1.- Consejo de Europa.	116
3.2.2.2.- Unión Europea.	126
3.2.3.- Referencias jurisprudenciales sobre los derechos del menor en sede de conflicto familiar.	131
3.2.3.1.- Jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a un proceso equitativo.	133
3.2.3.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	148
3.2.4.- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.....	155
3.2.4.1 Referencias Jurisprudenciales.	158
CAPÍTULO II: LA INTERVENCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO DE FAMILIA EN ARGENTINA.	161
1.- MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DESDE LA PERSPECTIVA ARGENTINA. _____	162

1.1.- La aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en el derecho argentino. _____	162
1.2.- Observación General núm. 12/2009. _____	167
2.- REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. _____	170
2.1.- La Ley 26.061 de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. _____	170
2.2.- El abogado del niño y la Ley 26.061. _____	171
2.3.- La derogación de la Ley núm. 10.903 del patronato. _____	173
2.4.- El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. _____	174
2.4.1.- Principales reformas en materia de familia en el Código Civil y Comercial de la nación.	176
2.4.2.- Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la luz de la reforma.	177
2.4.3.- El principio de autonomía progresiva.	179
3.- ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL ABOGADO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN ARGENTINA. _____	181
3.1.- El rol del abogado en conflictos litigiosos entre progenitores. ____	182
3.1.1.- Capacidad jurídica de las personas: aptitud para ejercer derechos.	182
3.1.2.- Solicitud de alimentos.....	185
3.1.3.- Forma de filiación: la Adopción.	186
3.1.4.- Representación, disposición y administración de bienes de los niños, niñas y adolescentes.....	188
3.1.5.- Posibilidad de demandar a los progenitores.	189
3.2.- Aplicación práctica del abogado del niño en Argentina. _____	191
3.2.1.- Cuándo y quién debe designarlo.....	191
3.2.2.- Quién puede cumplir esa función.	198
3.2.3.- Edad con la que debe contar el menor.....	200

3.2.4.- Rol de las escuelas y los pediatras para designar el abogado del niño.....	205
3.2.5.- Qué información debe recibir el menor.	206
3.2.6.- Cómo se realizan las reuniones entre el abogado y el niño. En qué ámbito/contexto.	207
3.2.7.- Qué se le requiere al menor para su defensa.	208
3.2.8.- Abono de honorarios y posible conflicto de intereses entre los progenitores.....	209
3.2.9.- La presencia del menor en sede judicial. La figura de los progenitores.....	210
3.3.- El asesor de menores y la relación con el abogado del niño. ____	211
3.4.- Tutor ad litem y la relación con el abogado del niño. _____	215
CAPÍTULO III: LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE FAMILIA EN ESPAÑA.....	218
1.- ÁMBITO DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL. _____	219
1.1.- Antecedentes históricos de la institución. _____	219
1.2.- Designa y casos en los que interviene el Ministerio Fiscal. ____	225
1.3.- La defensa del menor en los Juicios de Familia. Comparativa entre España y Argentina. _____	229
1.4.- Defensa técnica de los intereses del menor. Reglas actuales. ____	231
1.5.- Facultades y competencias que otorga la Ley 50/1981 al Ministerio Fiscal. _____	237
1.5.1.- Funciones del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.....	241
1.5.2.- Ejemplo de jurisprudencia comentada relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos de familia.	243
1.6.- Carencia e imposibilidad de representación ordinaria. Alcances.	245

2.- EL MENOR COMO SUJETO DE EJERCER SUS DERECHOS EN UN PROCESO JUDICIAL. _____ 253

2.1.- El derecho del menor a ser oído ante un tribunal. Aspectos normativos. _____ 254

2.1.1.- La práctica procesal de la prueba.256

2.1.1.1.- Dictamen de los especialistas.....256

2.1.1.2.- Audiencia del menor.259

2.1.2.- El conflicto entre el derecho de defensa y el derecho a la intimidad del menor.....263

2.1.2.1.- Derecho a la intimidad personal.263

2.1.2.2 Derecho a la tutela judicial efectiva.....264

2.1.3.- La relevancia de la prueba en la audiencia: El dictamen de especialistas.270

2.2.- El derecho del menor a participar y ser informado en un proceso judicial. _____ 275

2.2.1.- Capacidad procesal y el menor como parte del proceso.276

2.2.2.- El derecho del menor a ser informado del proceso judicial....281

2.2.2.1.- Síndrome de alienación parental.286

2.2.3.- El derecho del menor al debido proceso.....289

3.- PROPUESTA DE PROTECCIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL ABOGADO DEL MENOR. _____ 294

3.1.- Materias en que se designa abogado del menor. _____ 297

3.2.- Momento y forma en que se designa. _____ 304

3.3.- Necesidad de especialización de los juzgados de familia y relación del abogado del menor con el Ministerio Fiscal. _____ 308

3.4.- La designación del abogado del menor. _____ 312

3.5.- Implementación legislativa de la figura en el ordenamiento jurídico español. _____ 316

CONCLUSIONES.....321

BIBLIOGRAFIA.....	326
A) MANUALES GENERALES Y MONOGRAFÍAS DE REFERENCIA	326
B) NORMATIVA ESPAÑOLA ESTATAL _____	337
C) NORMATIVA ESPAÑOLA AUTONÓMICA _____	341
D) LEGISLACIÓN EUROPEA _____	343
E) LEGISLACIÓN INTERNACIONAL _____	344
F) LEGISLACIÓN ARGENTINA _____	347
G) JURISPRUDENCIA CONSULTADA _____	348
H) RESOLUCIONES, RECOMENDACIONES, RESÚMENES EJECUTIVOS Y CIRCULARES _____	359
I) DICTÁMENES, OBSERVACIONES GENERALES DE LAS NACIONES UNIDAS Y DIRECTRICES _____	361
J) CONGRESOS, PONENCIAS, JORNADAS Y ENTREVISTAS _____	362
K) BLOGS, NOTICIAS PERIODÍSTICAS Y RECURSOS DE INTERNET 364	
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	373
ANNEXO. ENTREVISTA.	375

INTRODUCCIÓN

El objeto principal del presente trabajo es proponer, en España, una figura adicional en los procesos de familia en los que intervengan menores, la cual se inspira en el ordenamiento jurídico argentino, y tiene como finalidad paliar las carencias representativas de los menores persistentes en los procesos judiciales.

Para dicho propósito, se ha llevado a cabo un análisis de las dificultades jurídicas actuales derivadas de las existentes faltas de representación ordinaria de los menores en los procedimientos judiciales de familia. Se parte del papel del menor como sujeto de derechos en el proceso judicial atendiendo al derecho de información y a la colisión entre el derecho del menor a ser oído y el derecho a la intimidad del mismo. Dicha investigación se ha realizado a través del estudio de la evolución que ha tenido la protección del menor en el ámbito de la Unión Europea y en la esfera internacional, así como de la investigación en derecho comparado con el ordenamiento jurídico argentino.

El interés en la elección del tema del presente trabajo viene motivado por la práctica profesional que desempeño en el ámbito del derecho de familia como abogada ejerciente al considerar que, en muchas ocasiones, los menores carecen de la protección y representación que deberían en los procesos judiciales. Esta privación debida a la vulnerabilidad con la que cuentan los niños y niñas en el contexto social actual me ha llevado a analizar la figura del abogado del menor cuya finalidad garantice el respeto de todos los derechos que los menores de edad tienen atribuidos.

Para alcanzar el objetivo de esta Tesis, se han empleado distintas técnicas de investigación jurídica. En primer lugar, el análisis de la práctica legal en los juzgados de primera instancia, así como la búsqueda de la jurisprudencia aplicable más significativa tanto a nivel nacional como internacional. En segundo lugar, se ha realizado un pormenorizado estudio de la práctica legal en los tribunales argentinos en cuanto a la intervención y a la protección del menor en los procesos de familia a través de la defensa letrada, cuya figura se ha

implantado recientemente. En tercer y último lugar, se ha examinado desde una perspectiva analítica, la legislación existente respecto a las competencias y facultades que tiene atribuido el Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y, si la misma, posee carencias o es suficiente para salvaguardar los derechos de los mismos y posicionarlos como sujetos de derechos dentro del procedimiento.

Con la finalidad principal de llegar a la obtención de resultados y conclusiones, la presente investigación se ha dividido en tres capítulos que, a su vez, cada uno de ellos está dividido en tres partes enfocadas en la figura del menor en los procesos de familia.

El Primer Capítulo presenta la concreción de los conceptos objeto de análisis, así como la legislación que se ha ido implementando en la esfera del derecho internacional para proteger al menor. La función que desempeña es principalmente introductoria, por lo tanto, se inicia delimitando el concepto de menor de edad en derecho español, incidiendo en dos pilares trascendentales como son la capacidad jurídica y el reconocimiento de la capacidad de obrar.

En el mismo sentido, se concreta el amparo normativo del interés superior del menor como derecho fundamental, considerándose relevante introducir el punto de vista de esta garantía a través de la vertiente procesal, sustantiva e interpretativa.

Siguiendo con la evolución de esta figura en los primeros pasos del derecho internacional, el estudio se enfoca hacia una protección íntegra de los derechos del menor por medio de las distintas declaraciones y convenios internacionales. Se ha estimado oportuno hacer referencia a la evolución de la figura de la protección de menores que se ha desarrollado tanto en el ámbito del derecho público como de la Unión Europea.

Se ha dedicado una parte a la Conferencia de la Haya, organización intergubernamental que elabora instrumentos jurídicos que responden a necesidades mundiales, a los Convenios Europeos con referencias

jurisprudenciales, y mención y fijación de derechos que afectan a los menores en los procesos judiciales. Finalmente, se ha centrado el contenido en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, debido a la importancia que posee de promoción y protección de derechos humanos en todo el continente americano, juntamente con las referencias jurisprudenciales oportunas. Esta última observación se debe a que el análisis de derecho comparado se ha efectuado con el sistema legal argentino, país con el que se ha llevado a cabo la presente comparativa.

En el Segundo Capítulo se realiza un análisis jurídico de la intervención que tiene el menor en los procesos de familia específicamente en Argentina. Principalmente se centra en el análisis de la aplicabilidad del marco normativo internacional en ese país, juntamente con una Observación General del Comité de Derechos del Niño que lleva a cabo una interpretación extensiva en relación a artículos específicos de la Convención de Derechos del Niño. Del mismo modo, se ha considerado importante resaltar la regulación normativa del menor en el ámbito del derecho argentino y, sobre todo, profundizar en la regulación normativa nacional de la figura que ya está implantada en aras a proteger el derecho de los menores en el país, en concreto se trata del abogado del niño, niña y adolescente.

Argentina hizo un trabajo de adaptación y adecuación de la normativa interna como consecuencia de la adhesión a diversos tratados internacionales de derechos humanos, incorporando en el Código Civil y Comercial de la Nación distintas nociones y principios nuevos. Sin embargo, el enfoque más relevante para el presente estudio se centra en el análisis de esta nueva institución ateniendo al rol que se adopta en relación al menor y a su protección respecto a los procesos judiciales. Asimismo, se ha delimitado el ámbito de aplicación práctica que posee, su designación, el asesoramiento y la relación que guarda con otra figura que forma parte de los procesos y que se denomina *tutor ad litem*, quien también actúa en representación legal del menor.

En el Tercer Capítulo se desarrolla el núcleo de la investigación y, por lo tanto, resulta esencial resaltarlo para el objeto del estudio llevado a cabo mediante la

profundización en la representación y defensa con la que cuentan actualmente los menores en los procesos de familia.

En primer lugar, se introduce el amparo competencial del Ministerio Fiscal, empezando por hacer una mención a la historia y a los antecedentes que preceden a la institución. Se exponen los casos en los que el menor requiere de alguien que defienda sus intereses y las facultades que tiene otorgadas por ley la figura del fiscal. Del mismo modo, se ha analizado la jurisprudencia más significativa al respecto relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de familia para llevar a cabo esa defensa de los intereses del menor.

En el mismo sentido, se incide a través de la manifestación del amparo normativo que se le otorga y si ese ámbito que abarca es suficientemente extenso, o bien existen carencias e imposibilidades con las que se encuentra el fiscal en esa tarea de representación ordinaria.

Se presenta a los menores como sujetos de derechos en el proceso judicial en nuestro país, atendiendo a la relevancia que tiene dicha posición como titular de derechos a través del análisis de dos de ellos; el derecho del menor a ser oído ante un tribunal y el derecho a participar y a ser informado en un proceso judicial, intentado delimitar los parámetros de ambos, haciendo hincapié en la importancia que tienen al estar íntimamente relacionados con el interés superior del menor.

El análisis del derecho a ser oído se relaciona juntamente con un estudio de la práctica procesal de la prueba, a la hora de entender qué valor se le atribuye en el proceso a un dictamen de especialistas y a la audiencia del menor, con una especial referencia a la relevancia de esta prueba. Además, se hace una ponderación entre el contenido esencial del derecho a ser oído y del derecho a la intimidad del menor.

En lo concerniente al derecho de participación del menor y a ser informado en el proceso judicial, se alude al síndrome de alienación parental, siendo un elemento que merma sus derechos planteando, con ello, nuevos retos para su protección.

Por último, se ponen de manifiesto las carencias que se han ido encontrando en el ordenamiento jurídico español a lo largo de la investigación, con la finalidad de proponer la figura del abogado del menor en España para paliarlas. Es aquí donde quedan desglosados los diferentes puntos que deberían tenerse en cuenta en relación a la implementación de la institución del abogado del menor, características como las materias en las que se debe designar el abogado, así como el momento y la forma de hacerlo. Se ha considerado oportuno centrar el objeto de estudio en la perceptiva intervención del abogado del menor en las acciones de filiación, en las controversias en el ejercicio de la potestad parental, en la sustracción internacional de menores, en la pensión de alimentos y en los procesos de guarda y custodia. Un rasgo muy importante con el que deberían contar estos profesionales es la distinción concreta a efectos de preparación y experiencia, para poder actuar de la manera más diligente posible. En este mismo sentido, se trata la necesidad, tanto de los juzgados y de los abogados, así como de todas las personas y partes intervinientes en un procedimiento de familia con menores, de responder a la especialización en la materia.

CAPÍTULO I: MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

SUMARIO: 1. Cuestión previa. Perspectiva civil del concepto menor de edad en el derecho civil español. 1.1. Criterio objetivo o cronológico. La capacidad jurídica. 1.2. Criterio subjetivo. Reconocimiento de la capacidad de obrar. 1.3. La determinación de la minoría de edad a nivel nacional e internacional. 1.4. La responsabilidad civil del menor. 2. Marco teórico internacional del interés superior del menor. 2.1. Evolución en la protección de los menores. 2.1.1. Situación previa y necesidad de reglamentación. Declaración de Ginebra de 1924. 2.1.2. Progresismo del menor para el desarrollo del ser humano. La Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1959. 2.1.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. 2.1.4. Efecto de los textos internacionales como fuente de aplicación directa a nivel nacional. 2.2. Interés superior del menor como derecho fundamental. 2.2.1. Vertiente procesal. Cuestión de orden público. 2.2.2. Vertiente sustantiva. Configuración y alcance del concepto. 2.2.3. Vertiente interpretativa. Incorporación al ordenamiento jurídico español. 2.3. Efecto en España del derecho internacional relativo a la protección del menor. 2.3.1. España y la recepción de normas internacionales. 2.3.2. Normativa de la Unión Europea y su incorporación en el Derecho Español. 3. Protección del menor en el ámbito internacional. 3.1. Consideración desde el derecho público. 3.1.1. Naciones Unidas. 3.1.2. Unión Europea. 3.2. Evolución de la protección del menor en el ámbito privado. 3.2.1. Conferencia de la Haya. 3.2.1.1. Los convenios de la Haya sobre los derechos del niño. 3.2.2. Convenios Europeos. 3.2.2.1. Consejo de Europa. 3.2.2.2. Unión Europea. 3.2.3. Referencias jurisprudenciales sobre los derechos del menor en sede de conflicto familiar. 3.2.3.1. Jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a un proceso equitativo. 3.2.3.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.2.4. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. 3.2.4.1. Referencias Jurisprudenciales.

Introducción.

A lo largo de esta primera parte de la investigación doctoral, y a fin de comprender los mecanismos que utiliza el derecho internacional para proteger el interés superior del menor, resulta esencial realizar una primera aproximación teórica de los conceptos que serán objeto de análisis a lo largo del desarrollo de este trabajo.

Para ello, iniciaremos el estudio del presente apartado analizando el concepto de menor de edad en el derecho civil español, identificando la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, así como la responsabilidad civil del mismo. Se ha considerado oportuno hacer un estudio sobre la evolución de la protección del menor a nivel internacional, a fin de poder profundizar en el interés superior como un derecho fundamental.

A continuación, se expondrá la situación actual de la protección del menor en el ámbito del derecho tanto internacional privado como en el ámbito de la Unión Europea, así como el efecto de dicha normativa dentro del ordenamiento jurídico español, junto a su incorporación y efectos.

1.- CUESTIÓN PREVIA. PERSPECTIVA CIVIL DEL CONCEPTO MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

Resulta fundamental comprender el abasto de lo que representa el concepto del menor de edad en el derecho civil español para entender qué derechos y qué facultades se le pueden atribuir, dependiendo de la edad que tenga. En el mismo sentido, para saber identificar la capacidad jurídica y de obrar del menor. Por todo ello, es menester delimitar cuándo se considera que se pierde la condición de menor de edad, los parámetros que se usan para fijarla y, del mismo modo, tener presente y acotar los supuestos en que un menor puede incurrir en responsabilidad civil.

1.1.- Criterio objetivo o cronológico. La capacidad jurídica.

Hablar de la “Historia de la infancia”, sobre todo desde un punto de vista jurídico, es una cuestión altamente compleja. Así mismo, es necesario empezar por un análisis de las nociones más antiguas con respecto al concepto “infancia” y “menor” para poder entender cuán distantes son de la concepción que hoy le otorgamos a ambos términos en base a su transformación y evolución.

La maduración del ser humano como especie animal, es tenida en cuenta como la más tardía y compleja en cuanto a crecimiento físico y psicológico. Si bien la humanidad, desde sus inicios, ha sabido distinguir las etapas de este proceso, las cuales se han ido determinando a través de la constatación de ciertos signos y parámetros perceptibles de forma externa. La evolución de los conceptos depende de la valoración dada a las distintas fases del crecimiento del ser humano desde una perspectiva histórico-jurídica.

Parte de la presente investigación partirá de la consideración de los distintos niveles de madurez, personalidad y vulnerabilidad en la minoría de edad, en tanto capacidad jurídica y limitación de la capacidad de obrar¹. Nociones muy distantes a las tenidas en cuenta al inicio de la época romana, cuando, aun existiendo el término y las etapas evolutivas entendidas por el hombre, no se diferenciaba la infancia con fundamento en la capacidad de entender por parte del menor, sino que la relevancia jurídica de la persona se hacía depender de la naturaleza. Elemento que dista mucho de la realidad actual al residir la fuente de subjetividad en el reconocimiento por parte del ordenamiento². Sin embargo, fueron los romanos quienes categorizaron jurídicamente las fases que comprendían el proceso de crecimiento coincidiendo en gran medida con el proceso de desarrollo físico e intelectual que en la actualidad se aplica a la

¹Carmen Parra Rodríguez, “El cambio de paradigma de la discapacidad, el modelo inclusivo en las relaciones familiares transfronterizas”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2021), 65-88.

²M. Álvarez Vélez et al., *Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2016), 717-720.

minoría de edad³.

Generalmente, se entendía como menor a “*el pupilo, o hijo de familias, que no tiene los años que prescriben y determinan las leyes para gobernar su hacienda o disponer de su persona*”⁴. La privación de estos era tal que hasta se les limitaba el derecho a la vida. En definitiva, los menores eran contemplados desde una perspectiva de sometimiento a sus mayores, se trataba de una etapa de impersonalidad y desvalorización social que llevaba consigo una condición social inferior. El niño, a ojos del legislador primitivo, no tenía ni podía tener ningún derecho, porque como ser débil, no era más que una propiedad de quien poseía la fuerza⁵.

Si bien, históricamente, se creía en una evolución del sujeto que traspasaba el límite de la infancia “*infans*”⁶ para adentrarse en la pubertad por la capacidad de contribuir al crecimiento de la sociedad y no por la madurez de pensamiento. Se concebía ese primer estadio hasta el límite de los siete años, en los que se consideraba la ausencia total de conciencia. Jurídicamente “*carece de la fuerza y la razón para defender sus intereses, por lo que se le somete al imperio de su padre o, en casos excepcionales, de un tutor*”. Durante esta etapa, el menor es considerado inhábil para testar, obligarse por contrato, presentarse en juicio, ser testigo, u obtener cargos públicos “*ni aun con la autoridad u otorgamiento de su tutor*”. De los siete a los doce años o catorce años (según si se era mujer u hombre), se categorizaban como impúberes⁷, subdivididos en dos etapas. En

³S. Tafaro, B. Notas, L. Infantes, “Breves notas sobre los infantes en el derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, no. 14 (2008), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3252303>.

⁴Real Academia Española, “Real Academia de la Lengua en el Nuevo Tesoro Lexicográfico de la lengua española”<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiguos-1726-1992/nuevo-tesoro-lexicografico>.

⁵F. Rico Pérez, *La Protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1980), 23.

⁶Es aquel que *fari* infinitivo presente de *for non possit*, es decir, que no puede hablar; en sentido amplio son infantes aquellos que pronuncian palabras y expresan ideas cuyo exacto sentido desconocen.

⁷El término *impúber* comprendía todos los infantes, pero no todos estos, eran impúberes, se subdividían en dos etapas, los impúberes *infantiae proximi* y los impúberes *pubertii proximi*, estableciendo la línea divisoria en torno a los nueve años y medio en el caso de las mujeres y los diez años y medio en el caso de los varones.

esta fase aparece la conciencia y la capacidad de razonar, a pesar de estar sometidos a la tutela. Como tercera fase, la adolescencia o pubertad⁸, que comenzaba a los doce o catorce años y concluía a los veinticinco, se fijaba el inicio de esta como momento a partir del cual es posible reproducirse a través de la fecundación.

Lo anterior lleva a afirmar que las etapas de madurez efectivamente iban ligadas principalmente a la capacidad de procreación en tanto evolución entendida en sus inicios como sometimiento a la naturaleza humana. Paralelamente, siguiendo la evolución psico-biológica, de los tres periodos del individuo establecidos en el Derecho Romano; la infancia, la impubertad y la pubertad, no se aplicaba el calificativo de “*menor*” a cualquier persona física que no hubiera cumplido los años que la ley exigía para alcanzar la mayoría de edad, tal y como actualmente se estima, sino que, por el contrario, se aplicaba exclusivamente al pupilo y, precisamente por su condición de *sui iuris*⁹.

La percepción de la infancia y los menores, son conceptos puramente históricos transformados según el momento de la historia y la necesidad de la humanidad. Si a ello le sumamos que, paralelamente a la historicidad del concepto, confluyen en la realidad actual, infinidad de culturas a la par que concepciones personales, se podría llegar a afirmar que, aun a día de hoy, el concepto de infancia o menor se construye e interpreta en base a la propia “concepción subjetiva” del término. El pasaje desde la indiferencia y el desapego afectivo por los niños, al apego afectivo y la preocupación por su suerte, más propio de la vida moderna, se apoyó en otro cambio social significativo: el de la separación de la vida privada de la vida pública. A medida que las relaciones familiares pasaron a desarrollarse en la intimidad y privacidad de la casa, dejando esta de ser un lugar abierto y una prolongación de la vida social en la calle, cambió la relación entre los

⁸Tanto el término adulto como el término adolescente provienen del latín, de la preposición ad- (“hasta o hacia”) y el verbo *alere* (“nutrir, alimenta, criar”). Mientras que el primero hace referencia a que se ha completado la crianza de una persona (que ha crecido), la segunda muestra que está en proceso de crianza (que está creciendo).

⁹M. Trujillo Mata, *Evolución histórica del Derecho de menores* (Madrid: Lefebvre, 2011), 1.

miembros de la familia y, por ende, entre los padres y los hijos¹⁰.

La libertad, la ciudadanía y la familia fueron en el Derecho Romano el fundamento de la capacidad jurídica, civil y política, constituyendo, además, el estado propio de las personas. Es por ello necesario remontarse a los inicios de la antigua Roma para partir de la base de lo que hoy entendemos por el concepto “*menor de edad*”. El legislador ha tenido presente las categorías habidas en la época para la posterior codificación del Código Civil y las sucesivas modificaciones. Así, en la primera compilación del mencionado texto legal, el concepto “*menor de edad*” se entendía como una restricción de la personalidad jurídica, compartiendo estadio con la “*demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad o la interdicción civil*”¹¹.

A pesar de lo anterior, hay quienes consideran innecesario remontarse en la historia habida cuenta de los graves conflictos infantiles que acontecen en la actualidad en los países tercermundistas¹². Aun así, resulta imprescindible remitirse a dicho momento histórico por ser la base de lo que hoy en día conocemos como menor de edad, esto es, menor de dieciocho años¹³.

Cabe, por tanto, remontarse de nuevo a ese punto en la historia, por ser el origen del concepto de la capacidad jurídica de las personas¹⁴. Dicho término queda

¹⁰P. Ariès y N. García Guadilla, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen* (Madrid: Taurus, 1988), 212.

¹¹Véase en este sentido el texto original del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en vigor a partir del 16 de agosto de 1889, en su artículo 320 por el que se determina la mayoría de edad a los veintirés años cumplidos.

¹²C. Lasarte Álvarez, L. Tejedor Muñoz, y M. P. Pous de la Flor, *Legislación estatal y autonómica sobre la protección del menor* (Madrid: UNED, 2003), 199.

¹³Véase en este sentido la modificación publicada el 15 de diciembre de 1943 que fija la mayoría de edad civil a los veintiún años por el art. 1 de la Ley de 13 de diciembre de 1943; Modificación publicada el 24 de julio de 1972, en vigor a partir del 13 de agosto de 1972, artículo 320 por el que se establecía la mayoría de edad a los veintitrés años; Modificación publicada el 17 de noviembre de 1978, en vigor a partir del 17 de noviembre de 1978, artículo 320 por el que se establecía la mayoría de edad a los dieciocho años y, última actualización, publicada el 19 de mayo de 1981, en vigor a partir del 8 de junio de 1981, artículo 315, por el que se conserva el establecimiento de la mayoría de edad.

¹⁴M. Álvarez Vélez et al., *op. cit.*, p. 76. Véase capacidad jurídica como “*aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y relaciones jurídicas*”.

recogido en el Código Civil como la aptitud innata de todo individuo para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculándose la misma a la “condición de persona”, en cuanto se establece que el nacimiento determina la personalidad¹⁵. Sin embargo, en base a temas sucesorios y/o familiares, se atribuyen determinados beneficios o efectos favorables supeditados a que llegue a nacer y a adquirir la personalidad, es decir, la capacidad jurídica.

Por lo anterior se entiende que, desde que se nace, desde que “se es persona”, se está sujeto a derechos y obligaciones. Pero jurídicamente no se es propiamente persona por el solo hecho de nacer, sino que hay que cumplir unos requisitos que están contemplados en el artículo 30 del Código Civil, que establece: “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”¹⁶.

Sin embargo, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 no se exige ningún requisito para considerar al nacido como persona. En su artículo 7.1, se recoge que, desde el momento del nacimiento, el niño será inscrito y cuenta con determinados derechos¹⁷, sin hacer alusión a la necesidad de cumplir unos requisitos determinados. Por ello, existe una clara discordancia entre el precepto a nivel nacional e internacional.

Volviendo al Código Civil, en su artículo 30 y una vez cumplidos los requisitos que establece el mismo, es cuando se establece la capacidad jurídica, afirmando con ello que se tienen las aptitudes necesarias para ser titular de derechos y/u obligaciones. En especial, se determinan qué actuaciones puede hacer por sí solo el menor de edad, en cuanto a su persona y/o sus bienes, y en qué acciones

¹⁵España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. [Internet] *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de julio de 1889, núm. 206, art. 29 (consulta: fecha). Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

¹⁶España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de julio de 2011, núm. 175. Disposición final tercera que modifica el anterior precepto que estipulaba que: “*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”.

¹⁷Concretamente, el mencionado artículo recoge: “*El niño será inscrito de inmediato después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”.

se precisa del consentimiento de sus padres o en su defecto, de su curador. Si bien resulta necesario aclarar que el menor de edad emancipado no tiene plena capacidad jurídica, sino que para determinadas actuaciones necesita completar esa capacidad con la intervención de sus padres y, en su defecto, se le debe fijar una medida de apoyo, en concreto, la curatela¹⁸.

Se traslada la capacidad jurídica de las personas físicas, por un lado, al escenario personal, haciendo referencia a que poseen un estatus personal del cual se manifiesta la nacionalidad y el domicilio. Además, gozan de los derechos al honor y poseen derechos honoríficos. Tienen derecho a un nombre, tienen derechos corporativos a constituir o ser partícipes de otras personas jurídicas.

En cuanto a la capacidad jurídica de las personas físicas en su ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que podrán ser parte de un proceso en virtud del mero hecho de nacer, por ser humano y tener personalidad, tal y como se ha detallado anteriormente. Como prevé el artículo 32 del Código Civil¹⁹, la pérdida de tal capacidad únicamente puede producirse por la muerte de la persona física, lo cual no hace que el proceso se extinga, sino que sucede que en el mismo se abre la “sucesión procesal”²⁰.

1.2.- Criterio subjetivo. Reconocimiento de la capacidad de obrar.

Siguiendo la evolución psico-biológica a la que se ha hecho especial alusión al inicio de la presente investigación, el hombre, *per se*, necesita de un tiempo evolutivo para llegar a la madurez, tanto en el aspecto físico como en el psicológico. Evidentemente, es un proceso propio de la raza humana, pues

¹⁸Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1). Sentencia núm. 298/2017 de 16 de mayo de 2017: “La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial, o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse”.

¹⁹España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 32..

²⁰Ibidem, artículo 661(y artículo 16 del mismo texto legal, relativo a la sucesión procesal por muerte).

resulta mucho más lento que en el resto de especies animales. Durante este periodo evolutivo de crecimiento, es cuando se forja la posibilidad de gobernar derechos y obligaciones de los que se es titular, esto es, capacidad de obrar. A diferencia de la capacidad jurídica, esta última no es igual en todas las personas²¹. Nuestro Código Civil, determina una capacidad de obrar general que se presume plena y que corresponde al mayor de edad no incapacitado²².

En cualquier caso, en relación a la temática que compete a la investigación, el menor de edad y su falta de aptitud para gobernarse supone una limitación de la capacidad de obrar y, en todo caso, siempre en el interés superior de este²³. Sin

²¹J. Ruiz Jiménez, *Protección Jurídica del Menor* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017), 39: “La capacidad jurídica es nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, y puede variar en función de las características particulares de cada persona”.

²²España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 322..

²³Este principio se recoge en el ámbito autonómico por las distintas leyes de protección del menor; España, Andalucía. Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de junio de 1998, núm. 150, pp. 20689-20702. Artículo 19.1. España, Aragón. Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de agosto de 2001, núm. 189. Artículos 3.3 y 4. España, Asturias. Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de abril 1995, núm. 94. Artículo 2. España, Islas Baleares. Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de abril de 2019, núm. 89. Artículos 2, 3, 5, 7, 19, (...). España, Canarias. Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de marzo de 1997, núm. 63 pp. 8376-8397. Artículo 4.2. España, Cantabria. Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de enero de 2011, núm. 19, pp. 6872-6930. Artículo 4. España, Castilla La Mancha. Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. *Boletín Oficial del Estado*, de 18 de febrero de 2015, núm. 42. Artículo 2. España, Castilla y León. Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de agosto de 2002. Artículo 4.a. España, Cataluña. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de junio de 2010, núm. 156. Artículo 5. España, Extremadura. Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de diciembre de 1994, núm. 309. Artículo 3. España, Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de agosto de 2006, núm. 191. Artículo 6.1. España, La Rioja. Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la Rioja, *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de marzo de 2006, núm. 70. Artículo 5. España, Comunidad de Madrid. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de agosto de 1995, núm. 183, pp. 23670-23688. Artículos 1 y 3. España, Región de Murcia. Ley 3/1995 de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de junio de 1995, núm. 131.

embargo, es preciso hacer un seguimiento de los diferentes cuerpos legales para establecer una relación de estos actos puesto que no hay una regulación uniforme y clara sobre la capacidad del menor.

En la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en concreto en su artículo 2.2, induce a interpretaciones por cuanto no delimita el ámbito de actuación del menor, lo que supone una falta de actuación jurídica.

Es importante hacer especial mención a las pautas marcadas por el Tribunal Supremo²⁴ en relación a la vida cotidiana de los menores y a su capacidad determinada por la actualidad real, por cuanto se entiende que realizan una serie de actos que son deliberadamente aceptados por la sociedad: *“Los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de estos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.*

Ajustándose a la norma, el Código Civil determina la representación legal de los hijos²⁵, exceptuando *“los actos relativos a los derechos de la personalidad que*

Artículo 4. España, Navarra. Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de enero de 2006, núm. 1. Artículo 3. España, País Vasco. Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de noviembre de 2011, núm. 274, pp. 117217-117276. Artículo 4. España, Comunidad Valenciana. Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de febrero de 2019, núm. 39. Artículo 3.

²⁴Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1). Sentencia núm. 3062/1991 de 10 de junio de 1991.

²⁵España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 162.

*el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*²⁶. Ello abre una puerta a la necesidad de adaptar la norma a la realidad actual, por cuanto el menor, en la práctica, ya es sabido que realiza infinidad de actos que ponen a prueba su discernimiento en tanto capacidad natural²⁷ y que por ello no deben verse limitados en la teoría.

Se entiende que, en este punto, podría plantearse también la disyuntiva de adaptar rigurosas diferencias por cuanto la minoría de edad comprende ser recién nacido o nacida en un primer estadio, ser niño o niña en un segundo y ser adolescente en un tercer estadio y ello compele a las diferentes actuaciones que cada etapa evolutiva permite, siempre acotando al interés superior del menor y a la capacidad subjetiva del individuo. Resulta interesante la visión de López Sánchez²⁸ quien mantiene su postura al considerar que, en orden a fijar la capacidad de los menores, sería conveniente distinguir tres franjas de edad; así se diferenciaría entre el periodo de la infancia –hasta los siete años aproximadamente, siendo estos menores totalmente incapaces-, los menores de edad mayores de siete años –cuya capacidad o incapacidad será determinada por el Juez, valorando en cada caso, según la edad y el desarrollo intelectual- y, en tercer lugar, la franja que comprende a los menores próximos al cumplimiento de la mayor edad, respecto de los cuales se ha señalado que en numerosas ocasiones poseen una madurez psicofísica equiparable a la de una persona adulta.

Según Lacruz Berdejo²⁹, en la actualidad no se concibe al menor de edad como alguien totalmente falto de capacidad, sino como alguien que va adquiriendo esa capacidad de forma gradual conforme va creciendo en edad, razón,

²⁶Ibidem, art. 162.2º.

²⁷Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) Resolución número 279/2018, de 20 de marzo de 2018, (FJ 2) “*Se precisa que la expresión “capacidad natural” que aparece en el artículo 104 del CS se refiere tanto a la persona incapacitada por resolución judicial como a la persona no incapacitada, puesto que los incapacitados para testar son una excepción a la regla general*”.

²⁸C. López Sánchez, *La responsabilidad civil del menor* (Madrid: Dykinson, 2001), 168.

²⁹Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª). Sentencia núm. 474/2011, de 5 de septiembre de 2011.

conocimiento y madurez. Incluso, puede afirmarse, como hace de forma reiterativa la Doctrina y la Jurisprudencia, que los menores cercanos a la mayoría de edad que efectúan negocios habituales para ellos según los usos sociales imperantes, o, dentro de los límites que los usos señalan a su edad y situación, no celebran contratos anulables de pleno derecho o inexistentes.

La capacidad de obrar pues, admite gradación al determinarse por la valoración de las condiciones de madurez y de salud psico-física de los individuos; si esta progresión se traduce en una limitación general de la capacidad de obrar del individuo, ello constreñirá su poder de gobierno sobre su propia esfera jurídica³⁰.

Deteniendo la presente investigación, de forma sucinta, en el ámbito penal por no ser objeto del presente estudio, frente a otros ordenamientos jurídicos que no reconocen como fuente de responsabilidad civil propia los hechos lesivos causados por menores de edad, el régimen vigente en España se limita a establecer que la imputabilidad del daño exige ya sea la capacidad de culpa, propia de los adultos, o cuanto menos la capacidad de discernimiento para comprender el alcance de los propios actos, esto es, una mínima madurez intelectual y volitiva. Sin duda, esa capacidad de discernimiento (capacidad natural)³¹ se presupone a los menores de edad desde que cumplen los catorce años, ya que desde ese momento se les considera responsables penal y civilmente respecto a los hechos que puedan cometer³².

Resulta preciso determinar, en la minoría de edad, qué actos puede realizar el menor por sí solo, en cuáles se requiere de su consentimiento, y en cuáles este precisa de la asistencia o autorización de sus representantes.

En el primer grupo, el menor no necesita el complemento de sus progenitores o tutores para realizar determinados actos y negocios jurídicos como son; a) el

³⁰ M. Álvarez Vélez et al., *op. cit.*, p. 160.

³¹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª). Sentencia núm. 41/2012, de 19 de enero de 2012.

³² España. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, de 3 de enero de 2000, núm. 11, art. 1.

menor puede instar al juez para que dicte las medidas oportunas en temas de alimentos, o para evitar situaciones dañosas o de peligro³³, b) puede llevar la administración ordinaria de los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria³⁴, c) el menor puede pedir al juez que tome las medidas oportunas en los supuestos de mala administración de su patrimonio por parte de los padres³⁵, d) la Ley permite al menor otorgar testamento, siempre que hayan cumplido catorce años, exceptuando el ológrafo para el que se requiere la mayoría de edad³⁶, e) los menores pueden adquirir la posesión, aunque para usar de los derechos que esta posesión conlleve necesitarán la asistencia de sus representantes³⁷, f) pueden aceptar donaciones que no sean onerosas o que estén sometidas a condición³⁸, g) el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá otorgar capitulaciones matrimoniales siempre que pacte el régimen de separación o el de participación³⁹, h) puede realizar por sí mismo los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo⁴⁰, i) puede ceder los derechos de explotación los autores menores de dieciocho años, mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con el consentimiento de sus padres⁴¹, j) posibilidad de designar tutor en previsión de

³³España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art.158.

³⁴*Ibidem*, art. 164.3º.

³⁵*Ibidem*, art. 167.

³⁶*Ibidem*, art. 663.1.1º.

³⁷*Ibidem*, art. 443.

³⁸*Ibidem*, art. 626.

³⁹*Ibidem*, art. 1.329.

⁴⁰*Ibidem*, art. 162.1. Si bien, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de mayo de 1982, núm. 115, establece lo siguiente: “*el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil*”. Y el 3.2 del mismo texto legal reza: “*En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez*”.

⁴¹España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizado, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de abril de 1996, núm. 97, art. 44.

poder ser incapacitado en un futuro⁴².

En el segundo grupo, se engloban los actos que realiza el menor con asistencia o autorización de sus representantes o autorización judicial, tales como: a) el menor que quiera reconocer a un hijo, pero que no tenga edad para contraer matrimonio, necesita para tal acto la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal⁴³, b) puede ejercer la patria potestad de sus propios hijos, siempre con asistencia de sus padres, si estos faltaran, del tutor y, en todo caso, si hay algún problema con la asistencia del juez⁴⁴, c) como se ha apuntado anteriormente, el menor que ha contraído matrimonio, puede otorgar capitulaciones matrimoniales, pero para pactar un régimen distinto al de separación o participación, necesita el consentimiento de los padres o tutores, d) se autoriza al menor a reclamar lo que haya perdido en juego y apuestas⁴⁵, e) el menor, a partir de los catorce años, puede optar por la vecindad civil del lugar de nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de los padres, asistido por su representante legal⁴⁶, f) a partir de los catorce años y asistido de su representante legal, el menor puede optar o solicitar, según los casos, la nacionalidad española⁴⁷.

En tercer lugar, el menor deberá prestar su consentimiento en los siguientes supuestos; a) cuando los padres pretendan celebrar contratos en los que el menor tenga que realizar prestaciones personales⁴⁸, b) no se requiere la autorización judicial en determinados actos de carácter patrimonial, c) si el menor, mayor de dieciséis años, consiente en documento público⁴⁹, d) el menor mayor de doce años, tiene que prestar su consentimiento para poder ser adoptado⁵⁰, e) será necesario el consentimiento del menor de doce años para

⁴²España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 223.

⁴³*Ibidem*, art. 121.

⁴⁴*Ibidem*, art. 157.

⁴⁵*Ibidem*, art. 1.798.

⁴⁶*Ibidem*, art. 14.3.

⁴⁷*Ibidem*, art. 20.

⁴⁸*Ibidem*, art. 162.

⁴⁹*Ibidem*, art. 166.3.

⁵⁰*Ibidem*, art. 177.

llevar a cabo el acogimiento⁵¹, f) es preciso el consentimiento del menor que haya cumplido dieciséis años cuando sus padres quieran concederle la emancipación⁵².

1.3.- La determinación de la minoría de edad a nivel nacional e internacional.

Resulta menester definir qué se entiende por menor en aras a la aplicabilidad de las normas de protección de menores en derecho internacional privado. La legislación nacional es la base para la determinación de la mayoría de edad. Como se ha indicado, dependiendo de cada ordenamiento jurídico, la mayoría de edad es distinta en según qué país. Si bien, la mayoría de convenios internacionales determinan qué se entiende por “menor” imponiéndolo como calificación autónoma aplicable para el propio convenio.

Es importante desgranar, a nivel internacional, qué entiende cada texto legal por “menor” en la materia. Así mismo, la Convención de los Derechos del Niño entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad⁵³, significando ello que los instrumentos integrales que rigen la situación de los niños, niñas y adolescentes dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado⁵⁴. De igual forma, se aplica la misma franja de edad en 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 Civil⁵⁵, que

⁵¹Ibidem, art. 173.2.

⁵²Ibidem, art. 317.

⁵³Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313, art. 1 (38897-38904):

⁵⁴Observación general CRC/GC/2005/06 del Comité de los derechos del niño, de 1 de septiembre de 2005, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. *Convención sobre los Derechos del Niño*, núm. 6, de 1 de septiembre de 2005.

⁵⁵España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7, art. 1: “*La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo*

establece la mayoría de edad a los dieciocho años, a menos que la ley que les sea aplicable haya determinado la mayoría de edad con anterioridad. El Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, supedita la minoría de edad a la ley interna del Estado del que sea nacional el menor o al de su residencia habitual⁵⁶, la traducción al español del texto aparece como una disyuntiva mientras que la redacción original trata una acumulación de acciones⁵⁷. El Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción, fija la franja de edad de los menores en la inferior a dieciocho años⁵⁸. Del mismo modo, el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, fija la edad de dieciocho años para el establecimiento de la mayoría de edad⁵⁹. El Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de

son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

⁵⁶Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. Ratificado en España el 19 de abril de 1987. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de enero de 1995, núm. 23, art. 12: “A los fines del presente Convenio, se entenderá por “menor” toda persona que tenga la calidad de tal, tanto según la ley interna del Estado del que es nacional como según la ley interna del Estado de su residencia habitual”.

⁵⁷A. Borrás Rodríguez, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Catalunya* 4 (1994):915-967.

⁵⁸España. Instrumento de ratificación el Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965. *Boletín Oficial del Estado* núm. 203, de 25 de agosto de 1987, art. 1.2: “[...] de otra parte, un menor, de edad inferior a dieciocho años cumplidos el día de la solicitud de adopción, que no haya contraído matrimonio y que, siendo nacional de uno de los Estados contratantes, tenga su residencia habitual en uno de estos Estados”.

⁵⁹España. Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de agosto de 1995, núm. 182 pp. 23447-23454. Artículo 3: “El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

Protección de los Niños, establece la mayoría de edad a los dieciocho años⁶⁰, como también lo hace el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996⁶¹. Todo ello debe evitar superponerse con el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos⁶², que se aplica desde los 18 años en adelante en aras a evitar lagunas entre los instrumentos internacionales.

No obstante, no todas las normas de carácter internacional fijan la mayoría de edad a los dieciocho años. El Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias establece la mayoría de edad a los veintiún años⁶³, y el Convenio de la Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias establece el alcance de la mayoría de edad de igual manera⁶⁴.

⁶⁰España. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de diciembre de 2010, núm. 291. art. 2: “El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”.

⁶¹España. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 45, de 21 de febrero de 2015, art. 1.1: “El presente Convenio se aplicará a los niños que no hayan alcanzado la edad de 18 años”.

⁶²Convenio núm. 35 sobre Protección Internacional de los Adultos, de 13 de enero del 2000, *HCCH (Hague Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé)*. Artículo 2: “A los efectos del presente Convenio, un adulto es una persona que haya alcanzado la edad de 18 años”.

⁶³España. Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 21, de 25 de enero de 1989, art. 13.2: “De conformidad con el artículo 24, todo el Estado contratante podrá reservarse el derecho de aplicar el Convenio solo a las obligaciones alimenticias [...] 2. Respecto de una persona menor de veintiún años que no haya estado casada”.

⁶⁴Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973. Ratificado por España el 28 de mayo de 1987. *Boletín Oficial del Estado* núm. 192, de 12 de agosto de 1987, art. 26.1: “Todo Estado contratante, de conformidad con el artículo 34, podrá reservarse el derecho a no reconocer ni declarar ejecutorias. 1. Las resoluciones y las transacciones relativas a alimentos adeudados para un periodo de tiempo posterior al matrimonio del acreedor o al cumplimiento por el mismo de la edad de veintiún años, excepto si el acreedor es o ha sido cónyuge del deudor”.

De diferente forma queda determinada la mayoría de edad en otros convenios, fijándola inferior. Como es el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980⁶⁵, que establece la mayoría de edad a los dieciséis años. Del mismo modo, el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es de aplicabilidad a “todo menor” que no haya alcanzado la edad de dieciséis años”⁶⁶. De igual manera, el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 se aplica a todo “menor de dieciséis años”, no emancipado con nacionalidad en uno de los dos estados⁶⁷.

A diferencia del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, que alude al concepto “menor” en hasta 134 ocasiones a lo largo del texto sin determinar las edades que comprenden dicha franja, el novedoso Reglamento (UE) 2019/1111 del

⁶⁵Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Ratificado por España el 9 de mayo de 1984. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, art. 1: “A los efectos del presente Convenio se entenderá a) por menor: una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la Ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido [...]”.

⁶⁶España. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, *Boletín Oficial del Estado* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, art. 4: “El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”.

⁶⁷Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, *Boletín Oficial del Estado* núm. 150, de 24 de junio de 1997, art. 2: “El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados.”

Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, por lo que se refiere a su ámbito personal, contiene la definición de menor⁶⁸ no haciéndose por tanto necesario aplicar las normas de Derecho Internacional Privado del foro para determinar el límite de la minoría de edad.

La publicación del texto refundido del nuevo Reglamento en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que ha derogado a su predecesor y ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2022⁶⁹, en su Considerando decimoséptimo, determina su aplicación a todos los menores de dieciocho años, incluso cuando hayan adquirido la capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, poniendo como ejemplo los casos de emancipación por matrimonio, equiparando este extremo al ya mencionado Convenio de la Haya de 1996. Del mismo modo, deberá seguir aplicándose el antedicho Convenio de la Haya de 1980 y por lo tanto el Capítulo III de este Reglamento que complementa la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 en el caso de los menores hasta dieciséis años y en las relaciones entre los Estados miembros.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta de especial interés, en cuanto a la determinación de la minoría de edad, hacer un brevísimo inciso a los casos en los que se desconoce, por parte de las autoridades, la edad de un individuo que carece de documentos para una correcta identificación o identidad de su persona o que, incluso aun disponiendo de ellos, son puestos en duda en aras a la autenticidad de los mismos. Ante esta casuística, y haciéndose necesario

⁶⁸Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 2 de julio de 2019. Artículo 2.2 6) “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por “menor”, toda persona que tenga menos de 18 años”.

⁶⁹Con excepción de los artículos 92 (modificación de los anexos por la Comisión), 93 (poderes otorgados a la Comisión para la adopción de actos delegados) y 103 (informaciones de los Estados miembros a la Comisión), que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019, tal y como recoge el artículo 105.2.

determinar la edad de un niño, se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones⁷⁰:

- a) Una determinación de este tipo debería tener en cuenta no solo la apariencia física del niño, sino también su madurez psicológica.
- b) Cuando se usen procedimientos científicos para determinar la edad de un niño, los márgenes de error deberían ser permitidos. Estos métodos deben ser seguros y respetar la dignidad humana.
- c) Se debería conceder el beneficio de la duda al niño si la edad exacta resulta dudosa.

Si bien, el Comité de los Derechos del Niño⁷¹, muestra su preocupación por la utilización de métodos intrusivos de determinación de la edad incluso en casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a pesar de que ha habido varias decisiones del Tribunal Supremo relativas a esa práctica. Se reitera, en la Observación General conjunta núm. 4⁷², la necesidad de realizar una estimación bien fundada de la edad, debiendo los Estados proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Se hace especial hincapié en que esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, siempre en un idioma que el menor pueda entender. Los Estados deben abstenerse de utilizar métodos médicos basados, entre otras cosas, en el análisis de los huesos y el examen de

⁷⁰T. Smith y L. Browless, *Las prácticas de evaluación de la edad: Una revisión de la literatura y bibliografía comentada* (Nueva York: UNICEF, 2011), 5.

⁷¹Convención sobre los derechos del niño: Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados en España (Nueva York: Naciones Unidas, 2018). Disponible: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsvTvWdCiXbcdHJgod%2F48UvVLFjvw69pQaqdk3icKuqRzUXTOu9Jkdgy7484z0GiSTsDvaSRp2FJjq%2FGP3EoJNzcvONdYzYzEewA7hgK%2BQMwR>>.

⁷²Comité de los derechos del niño: Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Disponible en <<https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/joint-general-comment-no-4-cmw-and-no-23-crc-2017>>.

los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios. Establece también que los documentos disponibles, deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños y sus padres o familiares.

Volviendo de nuevo a las decisiones del Tribunal Supremo relativas a las prácticas de la determinación de la minoría de edad en menores extranjeros no acompañados, es imprescindible citar la Sentencia n.º 13/2015 de 16 de enero de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18^{a73} por la que, en su Fundamento Jurídico Tercero apartado cuarto, determina lo siguiente: *“En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes”*.

La primera decisión del Comité de los Derechos del Niño sobre Determinación de la Edad⁷⁴ puntualiza lo siguiente con relación a las pruebas médicas seguidas con el fin de concretar los años de vida de un presunto menor:

⁷³Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 13/2015 de 16 de enero de 2015. El recurso, en: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18). Sentencia núm. 214/2014, rec. 1322/2012, de 26 de marzo de 2014.

⁷⁴Comité de los derechos del niño: Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 11/2017.

- a) No existen reglas o acuerdos comunes sobre determinación de la edad en los Estados europeos. Varios Estados combinan las pruebas médicas y no médicas. Las pruebas médicas practicadas incluyen radiologías de la muñeca izquierda, radiografías dentales, radiografías de clavícula, observación dental o estimaciones basadas en la apariencia física. En una resolución de 12 de septiembre de 2013, el Parlamento Europeo condenó el carácter inadecuado e invasivo de las técnicas médicas utilizadas para determinar la edad basadas en la edad ósea, las cuales pueden ser traumáticas, presentan amplios márgenes de error y se practican en ocasiones sin el consentimiento del niño⁷⁵.
- b) El método Greulich & Pyle es inadecuado y no aplicable a la población migrante quienes son en su mayoría adolescentes de la África Sahariana, Asia o Europa del este que huyen de sus países de origen, a menudo en condiciones socioeconómicas precarias. Varios estudios demuestran que existen diferencias de desarrollo óseo basadas en el origen étnico y la condición socioeconómica de la persona, lo cual justifica que este método sea inepto para determinar la edad de la población no europea⁷⁶. Este método presenta importantes márgenes de error, especialmente entre la población comprendida entre 15 y 18 años. Según el Alto Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa, las asociaciones pediátricas europeas han señalado categóricamente que la madurez de los dientes y los huesos no permite determinar con exactitud la edad de un niño, sino que ofrecen meras estimaciones, con un amplio margen de error de entre dos y tres años. Esta interpretación de la información puede además variar de un país a otro, o de un especialista a otro. El Comité de los derechos del niño también ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea.

⁷⁵Parlamento Europeo, Estrasburgo. Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea (2012/2263(INI)).

⁷⁶La aplicación del atlas Greulich & Pyle para medir el desarrollo de la edad ósea para cuatro grupos étnicos, 2014, Revista de Medicina Forense y Médica.

1.4.- La responsabilidad civil del menor.

La comisión de un ilícito y la consecuencia de la producción de un daño cuyo causante es un menor de edad, tiene unas consecuencias determinadas como fruto de una posible indemnización, que vendrá determinada por la jurisdicción y norma aplicable en función de la edad del menor en el momento de realizar el acto, su capacidad de discernimiento y bajo la guarda de quién se encontraba cuando se ocasionó el daño. Siguiendo la visión opuesta, toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la acción civil de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁷. Según el artículo 100 del mismo texto legal, de todo delito o falta nace una acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también una acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

En este sentido, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aplica la misma a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o leyes especiales. Le son de igual aplicación todos los Derechos reconocidos en la Constitución, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y, en particular la LO 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor y todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados celebrados por España.

A lo largo de la historia, se ha venido reconociendo la responsabilidad civil del menor acorde a las normas y argumentos de cada momento. En la sociedad actual, teniendo en cuenta el marco legal al respecto y, en especial, el apuntado en el párrafo anterior, se otorga al menor de edad mayor libertad de actuación y responsabilidad. Es por este motivo que parece carecer de sentido el hecho de que otras personas deban responder en su lugar, aunque jurídicamente no sea así.

⁷⁷España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Boletín Oficial del Estado* núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, art. 11 (en adelante LECrim).

En el ámbito de la situación jurídica del menor de edad, nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma expresa que declare su incapacidad para actuar de forma válida. Si bien, debería plantearse a la inversa, por cuanto habrían de considerarse en qué casos sí que se autoriza al menor para actuar por sí mismo. Lo que resulta inadecuado y nada acorde a la realidad es defender la irresponsabilidad civil de los menores puesto que todo variará dependiendo de la franja de edad en que se encuentren, en función del grado de comprensión y conocimiento del alcance de sus actos y resulta lógico que se les haga responsables de los resultados que causen sus actos.

En virtud del nivel intelectual y la capacidad volitiva, se puede determinar el grado de discernimiento de un menor. Entendemos por “menor” atendiendo a nuestro ordenamiento jurídico y a lo detallado en los epígrafes anteriores, a los niños, niñas y adolescentes de hasta dieciocho años. Sin embargo, un niño de corta edad es incapaz de comprender y conocer el alcance de sus actos a diferencia de un joven próximo a la mayoría de edad. A menor edad, mayor exigencia de vigilancia. No sólo porque los menores inimputables pueden crear peligro en cualquier momento, sino porque cuando la edad se va elevando, es necesario suavizar la vigilancia para no transgredir sus derechos y permitirle desarrollar libremente su personalidad⁷⁸.

Como se apuntó al inicio del presente capítulo, fue en el Derecho romano donde se estableció el límite de los siete años como punto de alcance de la infancia. Gran parte de la doctrina, considera que el menor de edad inferior a siete años, carece de sentimiento de obligación y por tanto de responsabilidad; que al menor de edad entre los siete y los diez años, se le determina el grado de discernimiento, a partir de su desarrollo intelectual y es un juez quien está facilitado para ello, extremo que se desarrollará en profundidad en el tercer capítulo; y, por último, la franja de edad de los menores próximos a la mayoría de edad, que en términos estrictamente normales, se ha valorado en numerosas ocasiones que poseen madurez psicofísica equiparable a la de una persona

⁷⁸S. Díaz Alabart, “Responsabilidad de los centros docentes públicos y de su profesorado por los hechos dañosos”, *Cuestiones sobre responsabilidad civil* núm. 52 (2001), 11-38.

adulta. Ello crea divergencias por cuanto hay países que han reconocido que los menores de siete años son perfectamente responsables de los daños que pudieran haber cometido. Existen, por tanto, discrepancias a nivel internacional, pudiendo considerar que deben responder los padres, o bien, que la responsabilidad del menor es de carácter objetivo y que por tanto debe ser él mismo quien decida.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1902⁷⁹, exige que quien cause un daño tenga plena capacidad de obrar para que nazca la obligación de repararlo. Si bien, el artículo 1263⁸⁰ del mismo cuerpo legal, señala que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados en el ámbito contractual y, en el extracontractual, se entiende que es imputable todo aquel que tenga capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actuaciones y, en especial, sería de aplicación el artículo 1902 del Código Civil ya que a pesar de no hacer expresa mención a este supuesto, tampoco lo excluye, así como tampoco queda recogida en la norma una regulación expresa de la responsabilidad extracontractual que pudiera corresponder al propio menor.

Es menester considerar que, en este punto, el Código Civil establece que, a partir de la mayoría de edad, se es capaz para todos los actos de la vida civil⁸¹ y que los padres que ostenten la patria potestad de sus hijos son responsables de la representación legal de los mismos⁸². De igual forma, así lo recoge la ya

⁷⁹España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 1902.

⁸⁰Ibidem, art. 1263.

⁸¹España. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de mayo de 1981, núm. 119, art. 322: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

⁸²España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de julio de 2015, núm. 180, art.162 redactado conforme establece el apartado segundo. “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”. Se exceptúan: 1.º los actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia; 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo; 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para

mencionada Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁸³.

Esta responsabilidad sobre los menores es, por un lado, solidaria⁸⁴ y ello por dos motivos; en primer lugar, se diferencia del supuesto del artículo 120.1 del Código Penal, que establece una responsabilidad civil subsidiaria de los padres o tutores por daños y perjuicios causados por delitos cometidos por mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía. En segundo lugar, según la Exposición de motivos de la LORPM⁸⁵: *“La Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o de la víctima del hecho cometido por el menor, y debe establecer un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, si cabe, de daños y perjuicios... en este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio en cierta manera revolucionario, de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores, o guardadores, si bien permite la moderación judicial”*. Con todo, se pretende garantizar el derecho de los perjudicados a la indemnización en los casos de insolvencia de menores. Según la Circular 9/2011 de Fiscalía⁸⁶, la emancipación tácita no excluye la responsabilidad civil solidaria de los padres (atendido que la pueden revocar y por tanto no extingue la patria potestad), pero sí se excluye la emancipación formal por concesión de los padres (salvo la realizada en fraude de ley), judicial o por matrimonio (y también, respecto al tutor, el beneficio de la mayor edad).

celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

⁸³*“Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, han de responder solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, los tutores, los acogedores y los guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando estos no hayan favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad puede ser moderada por el juez según el caso.”*

⁸⁴Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Sentencia núm. 78/2018, de 12 de junio de 2018.

⁸⁵España. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, de 13 de enero de 2000, núm. 11, Exposición de motivos II, apartado 8.

⁸⁶Fiscalía General del Estado. Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011, *Boletín Oficial del Estado*. FIS-C-2011-00009.

Por otro lado, se trata de una responsabilidad civil objetiva⁸⁷. A diferencia de los supuestos⁸⁸ del Código Penal que exigen culpa o negligencia por parte de quien tiene bajo su guarda al autor del hecho delictivo y, del supuesto del Código Civil⁸⁹ que establece: *“pese a la presunción de culpa, y a la casi objetivación jurisprudencial, descansa igualmente en la noción de negligencia y establece la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por sus hijos bajo patria potestad, señalando que dicha responsabilidad cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”*⁹⁰. Es por ello por lo que los responsables civiles no quedan exonerados ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia⁹¹.

En el mismo sentido, resulta relevante el artículo “El Comentario”⁹² al argumentar que *“se produce una inversión en la carga probatoria, de tal manera que, tras la presunción de culpa tienen que ser los padres los que acrediten que adoptaron*

⁸⁷Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1) Sentencia núm. 174/2004, de 28 de abril de 2004.

⁸⁸España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281, art. 118.1.1ª: *“1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: 1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.”* y Artículo 120 del mismo texto legal: *Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.”*

⁸⁹España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 1903.

⁹⁰En este sentido: Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3). Sentencia núm. 340/2006 de 26 de junio de 2006; y Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2). Sentencia núm. 91/2008, de 31 de julio de 2008.

⁹¹Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera). Sentencia núm. 30/2016, de 25 de julio de 2016, que menciona las Sentencias: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera). Sentencia núm. 271/2014, de 5 de junio de 2014; Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1). Sentencia núm. 25/2013, de 24 de enero de 2013; y Audiencia Provincial de Málaga, Resolución 296/2010, de 5 de abril de 2010.

⁹²V. Magro Served, “Responsabilidad civil de los padres respecto de los actos ilícitos causados por los menores de edad”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho* 4 (2005), 2.

todas las medidas de prudencia exigibles a fin de evitar que su hijo cometiera el hecho ilícito, habida cuenta que no puede pretenderse que cuando los padres han puesto de su parte todo lo posible para evitar que su hijo se comporte de forma irregular, tengan que responder civilmente de todas las conductas de este y en cualquier circunstancia. Así, esta declaración de responsabilidad por culpa por su simple presunción, con posibilidad de destruirla con la prueba oportuna, obliga a los padres a no dejar desatendidos a los menores a su cargo, aunque lo cierto y verdad es que las disposiciones sancionadoras no tienen efecto real en la alteración de las conductas de los particulares, sino que, más bien, suponen un efecto para no dejar desatendidos a los perjudicados de los hechos ilícitos”.

Siguiendo el hilo jurisprudencial, resulta interesante citar el Fundamento Jurídico que comparte diversa jurisprudencia⁹³ por cuanto *“la intención del legislador, al elegir no convalidar las normas contenidas en el Código Civil pero tampoco las del Código Penal, ha sido introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad con una doble finalidad: en primer lugar amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así mediante un sistema objetivo, sin fisuras ni excusas, la indemnización de los daños sufridos por tales víctimas, y en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que estos cometan...”*. Resulta de especial interés el hecho de que la jurisprudencia considere más relevante la culpa *“in educando”* que la culpa *“in vigilando”*⁹⁴ por cuanto *“Se considera que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda (culpa “in vigilando”) sino también en el deber de educación y en adecuado uso de las facultades de corrección que los padres,*

⁹³Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3), *op. cit.*; Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2), *op. cit.*

⁹⁴Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª). Sentencia núm. 33/2009, de 29 de enero de 2009; Audiencia Provincial de Burgos (Sección 4ª). Sentencia núm. 227/2010 de 11 de noviembre de 2010; Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª). Sentencia núm. 16/2005, de 25 de enero de 2005; y Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª). Sentencia núm. 48/2010, de 23 de julio de 2010.

tutores, acogedores o guardadores tienen sobre sus hijos, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda (culpa “in educando”).

En casos de progenitores separados, responden los dos por culpa “in educando”⁹⁵, si bien a veces se ha exonerado al no conviviente⁹⁶, o se le impone un porcentaje inferior⁹⁷ y otras veces, se le impone un porcentaje superior por haber abandonado sus funciones⁹⁸. A pesar de que, como regla general, la responsabilidad recae en ambos progenitores tanto biológicos como adoptivos y aunque se encuentren separados o divorciados con tal que no hayan sido privados de las funciones inherentes a la patria potestad sobre la base de distinguir, tal y como se hace en los procesos matrimoniales, entre guarda y custodia y mantenimiento de la patria potestad⁹⁹.

2.- MARCO TEÓRICO INTERNACIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Este primer capítulo se ha conceptualizado sobre el marco teórico del interés superior del menor. Se ha incidido en este punto centrándolo a nivel internacional, haciendo mención de la evolución que ha sufrido este concepto indeterminado y, posteriormente, analizándolo desde la perspectiva de un derecho fundamental.

⁹⁵Audiencia provincial de Cáceres (Sección 1ª). Sentencia núm. 91/2008 de 31 de julio 2008; Audiencia provincial de Ciudad Real (Sección 1ª). Sentencia núm. 1/2011 de 21 de junio; Audiencia provincial de Alicante (Sección 4ª). Sentencia núm. 438/2008 de 28 de agosto de 2008; Audiencia provincial de Barcelona (Sección 4ª). Sentencia núm. 348/2007 de 27 de junio de 2007; Audiencia provincial de Burgos (Sección 1ª). Sentencia núm. 19/2014 de 14 de enero de 2014; y Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2ª). Sentencia núm. 262/2014 de 27 de junio de 2014.

⁹⁶Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 397/2007, de 10 de mayo de 2007.

⁹⁷Audiencia Provincial de Soria. Sentencia núm. 40/2002, de 5 de marzo de 2002 y Audiencia Provincial de Burgos. Sentencia núm. 108/2007, de 24 de abril 2007.

⁹⁸Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª). Sentencia núm. 16/2005, de 25 de enero de 2005; y Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª). Sentencia núm. 16/2010, de 22 de febrero de 2010.

⁹⁹Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12). Sentencia núm. 723/2019, de 1 de julio de 2019.

2.1.- Evolución en la protección de los menores.

En el marco teórico internacional del interés superior del menor, se recoge la evolución que ha ido sufriendo la protección de los menores desde el inicio de los mecanismos internacionales y cómo, actualmente, estos instrumentos inciden y se aplican a nivel nacional.

2.1.1.- Situación previa y necesidad de reglamentación. Declaración de Ginebra de 1924.

Los menores, por su condición de vulnerabilidad en la realidad en la que vivimos, requieren de una protección especial por parte de los adultos y, en particular, de sus familias. Si bien no siempre es así, debido a la falta de configuración y estructura del núcleo familiar y a la necesidad del apoyo a través del establecimiento de normas específicas por parte del Estado que empleen de forma efectiva su deber de proporcionar la protección jurídica necesaria. La particularidad de los casos y de las situaciones revierte en la necesidad de proyectar una atención adecuada y a medida para cada asunto concreto en el que un menor se vea o pueda verse envuelto, especialmente cuando, los responsables *de facto* no están ejerciendo sus obligaciones como deberían.

La necesidad que lleva a establecer los instrumentos de protección de los colectivos más necesitados de atención y cuidados adopta la forma de normas y mecanismos específicos en los ordenamientos jurídicos que velen, se preocupen y promuevan la seguridad de la infancia. En este sentido, se entiende que los derechos humanos son las herramientas jurídicas idóneas que responden a un sistema de reconocimiento y protección cuyo objetivo es garantizar el libre desarrollo de la propia personalidad, así como el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones.

A pesar de lo mencionado anteriormente, resulta preciso puntualizar que, en la actualidad, un gran número de menores se ve sometido a dificultades vertidas

de carencias básicas y escenarios hostiles que imposibilitan un desarrollo y crecimiento con las garantías necesarias que todo menor precisa; un elevado porcentaje de la infancia mundial se encuentra en situación de desnutrición¹⁰⁰, gran parte de la infancia es víctima directa de la trata infantil que se ve sometida a realizar trabajos forzosos dando lugar al modelo actual de esclavitud¹⁰¹ con el consiguiente perjuicio de la falta de escolarización de un número ingente de menores en el mundo¹⁰². Y con ello, infinidad de niños y niñas que, a pesar de encontrarnos en pleno siglo XXI, son víctimas directas de crisis humanitarias causadas por conflictos bélicos¹⁰³.

¹⁰⁰UNICEF (2019) Niños, alimentos y nutrición, Crecer bien en un mundo en transformación. Resumen ejecutivo del Estado Mundial de la Infancia. Al menos 1 de cada 3 niños menores de 5 años está desnutrido o tiene sobrepeso, y 1 de cada 2 padece hambre oculta, lo que menoscaba la capacidad de millones de niños para crecer y desarrollar su pleno potencial según los datos consultados en dicho informe.

¹⁰¹Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2017). Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil. Resultados y tendencias, 2012 a 2016, resumen ejecutivo. *“La eliminación del trabajo infantil sigue siendo un desafío inmenso. En el mundo, hay 152 millones de niños -64 millones de niñas y 88 millones de niños- en situación de trabajo infantil; es decir, casi 1 de cada 10 niños en todo el mundo. Poco menos de la mitad de todos los niños afectados por el trabajo infantil -73 millones de niños en términos absolutos- realizan trabajos peligrosos que directamente ponen en riesgo su salud, seguridad o desarrollo moral. Los niños ocupados en la producción económica, suman unos 218 millones. El concepto de esta medición es más amplio y comprende tanto el trabajo infantil como otras formas permitidas de ocupación de niños”.*

¹⁰²UNICEF. (2018) Stolen Futures: Young and out-of-school. 1 de cada 3 niños y jóvenes de entre 5 y 17 años que viven en países afectados por conflictos o desastres -104 millones- no asisten a la escuela, una cifra que representa más de un tercio de la población mundial sin escolarizar. En total, 303 millones de niños de 5 a 17 años no asisten a la escuela en todo el mundo.

¹⁰³Graham, G., Kirillos M., Knag Fylkesnes G., Salarkia K., Wong N., Save the Children (2017) *Resumen Ejecutivo: No a la guerra contra la infancia. Proteger a los niños y las niñas en los conflictos armados del siglo XX*. El estudio publicado por Save The Children, revela que en 2017, más de 420 millones [de niños] vivían en zonas definidas por PRIO como zonas de conflicto o zonas afectadas por conflicto, es decir, áreas en un radio de 50km con respecto a un punto el que se registran uno o varios incidentes conflictivos en un determinado año dentro de las fronteras de un país. Se trata de casi uno de cada cinco niños y niñas en todo el mundo, lo que representa un incremento de casi 30 millones con respecto al año anterior. De ellos, 142 millones viven en las denominadas zonas de conflicto de alta intensidad, es decir, son aquellas áreas en las que los enfrentamientos provocan más de mil muertes al año. [...] El análisis emplea los datos que ha recopilado el Uppsala Conflict Data Programme (UCDP), el principal proveedor mundial de indicadores sobre la violencia organizada. Este conjunto de datos proporciona la ubicación geográfica, la fecha y la intensidad de los conflictos que se registran en todo el mundo y abarca el periodo de 1990 a 2017.

Lamentablemente, no resulta necesario acudir a datos y cifras tan alarmantes como los expuestos si tenemos en cuenta la existencia de colectivos de menores que son víctimas de un entorno poco o nada favorable para su correcto desarrollo en el mundo occidental. Produciéndose lo anterior en la gran mayoría de Estados desarrollados y firmantes de textos normativos que, *a priori*, prevén garantizar las medidas de protección a la infancia y todo ello a pesar del momento temporal supuestamente adelantado en el que nos encontramos.

En la actualidad, en la sociedad en la que vivimos, se da un consenso social generalizado sobre la contribución de forma garantista de los derechos de los menores y, muy especialmente, en cuanto a su derecho a la integridad, al desarrollo integral de su personalidad y a su propia familia. Dicha evolución viene marcada por la transformación del concepto de menor, ya desarrollado al inicio del presente escrito y que ha supuesto el progreso de pasar a ser objetos de derechos y protección, a titulares de estos. La preocupación por reforzar la protección enfocada en los colectivos de menores entendidos como los más vulnerables y desprotegidos ha supuesto una puesta en marcha a nivel colectivo por parte del Consejo de Europa, la Unión Europea, las Naciones Unidas y las organizaciones e instituciones no gubernamentales, dedicadas a velar y a asegurar el interés superior del menor y su pertinente ejecución a través de la jurisprudencia y doctrina a nivel nacional e internacional.

Precisamente por la importancia y preocupación vertida en el ámbito de la infancia y al interés de brindar las garantías y protección que requieren los niños, surgió la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁰⁴ (en adelante CDN). El mencionado texto se erige como el compendio de normas resultantes de instrumentos y mecanismos de derechos humanos de carácter

¹⁰⁴España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Dicha Convención, fue aprobada por unanimidad y abierta a la firma, ratificación y adhesión de los Estados, por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con respecto a España, fue firmada el 26 de enero de 1990, ratificada el 6 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero 1991 (B.O.E., nº. 313, 31-XII-1990).

general, combinados con principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia.

Sin embargo, para poder llegar a los derechos que conocemos en la actualidad, ha sido preciso y necesario un proceso de reconocimiento a nivel internacional, con dificultades a lo largo de la historia de la humanidad debido a las circunstancias en las que se han visto envueltos los primitivos textos normativos relativos a los derechos humanos y a la infancia.

A lo largo del siglo XX, la relevancia a nivel internacional de los derechos de los niños vino marcada por la transformación de la concepción al reconocerlos como sujetos plenos de derechos dejando, a un lado la tutela, la represión y la compasión pues el cambio de pensamiento contribuyó al cambio de mentalidad de que los menores son capaces de ejercer sus derechos por sí mismos.

Fue en 1924 cuando vio la luz el primer texto internacional específico sobre los derechos de la infancia, la denominada Declaración de Ginebra¹⁰⁵, redactada por Eglantyne Jebb¹⁰⁶, quien puso de manifiesto la pionera y decisiva actuación de individuos y organismos civiles en correspondencia a la atención internacional de los derechos del niño¹⁰⁷. En 1920, la referida activista creó la *Save the Children International Union*, o en su denominación francesa original, la *Union Internationale de Secours aux Enfants*, (UISE) proclamándose, en 1924, por la Asamblea de la Sociedad de Naciones, la Declaración de Ginebra. Ello

¹⁰⁵Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Texto histórico adoptado por la Sociedad de Naciones (SDN) en 1924, que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, pero sobretodo la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

¹⁰⁶R. Ordóñez, “Eglantyne Jebb, la madre de los Derechos del niño”, *Revista El Independiente* (publicado el 23 de septiembre de 2019 en formato digital). Fundadora de Save the Children, fue una activista social británica (Ellesmere, Shropshire, Gran Bretaña, 25 de agosto de 1876 – Ginebra, Suiza, 20 de diciembre de 1928), marcada por los horrores de la Primera Guerra Mundial, advirtió de la necesidad de protección especial para los niños. No solo creó una de las organizaciones de desarrollo más importantes del mundo, sino que su labor desembocó además en la promulgación de los “Derechos del Niño” por parte de Naciones Unidas.

¹⁰⁷En 1919, Eglantyne Jebb crea la Save the Children Fund con objeto de reunir una base económica suficiente para procurar ayudas a diferentes países. Esta primaria institución, tuvo muchos puntos de contacto con la Cruz Roja.

constituye el precedente de la posterior Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, antesala de la definitiva Convención de 1989 actual.

La Declaración de Ginebra¹⁰⁸ es considerado el primer texto internacional sobre los Derechos Humanos que contenía derechos específicamente dirigidos a los menores y, en particular, la responsabilidad de los adultos hacia ellos¹⁰⁹. Dicha declaración, contiene un breve preámbulo y cinco principios, también sucintos:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, comúnmente conocida como Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe al niño lo mejor que tiene para dar, declaran y aceptan como su deber que, más allá y por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

1. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser cuidado; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño delincuente debe ser recuperado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro.
4. El niño tiene que disponer de los medios que le capaciten para llegar a ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier tipo de explotación.
5. El niño debe ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio de su prójimo.”

El mérito más importante de la declaración queda establecido en su Preámbulo como el principio de igualdad y no discriminación por motivos de raza, nacionalidad y creencia, al ser el menor acreedor de derechos. Se introduce el concepto de “normal desarrollo” en cuanto al constante progreso y cambio biológico como acreedor de los medios adecuados que reclama este texto. El principio de igualdad en conexión con el de solidaridad contenido en el punto 5 de la Declaración, establece la base necesaria para el ejercicio de los derechos

¹⁰⁸Se presentó, el 28 de febrero de 1924, una copia de la Declaración firmada por todos los miembros de la Alianza Internacional. El 26 de septiembre de 1924, la Quinta Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño”.

¹⁰⁹ Si bien, este texto no define el periodo que abarca la infancia.

y, en particular, en el deber de servir a los demás como interdependencia de todos los seres humanos.

Sin embargo, nada se establece en cuanto al sexo como criterio no discriminatorio, lo cual lleva implícita la interpretación de la *no exclusión* si se tiene en cuenta que, en la redacción original, el término empleado era *child*, lo cual engloba ambos géneros y, por tanto, niños y niñas en igual medida. Tampoco se hace mención expresa a los derechos civiles del niño, máxime cuando resultan imprescindibles también en su correcto desarrollo. En cuanto al concepto de “humanidad”, resulta confuso, teniendo en cuenta la prelación de responsabilidades y el deber de los padres y de las instituciones en defecto de los primeros. Como explicación de las carencias anteriores, cabe tener en cuenta el momento en que el texto fue adoptado y, si Jebb hizo referencia expresa a los anteriores motivos, probablemente era porque en esa época fueron los que más se utilizaron con relación a las razones de exclusión.

Resulta interesante la incorporación de la Declaración en los distintos países firmantes a su legislación interna y, especialmente España. Tal y como afirma Garibo Peyró¹¹⁰, durante el gobierno de la República se incorporó toda la declaración a su legislación interna como preámbulo de su Código a la Infancia. Supuso también parte del ordenamiento al adoptar rango de norma constitucional, en especial en la Constitución de 1931¹¹¹.

¹¹⁰A. P. Garibo Peyró, *Los Derechos de los Niños* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, 2004), 62-63.

¹¹¹España. Constitución de la República Española, *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de diciembre de 1931, núm. 344, art. 43 de la Constitución de 1931: “*La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos del niño*”.

2.1.2.- Progresismo del menor para el desarrollo del ser humano. La Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1959.

Como se ha indicado, en el contexto de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1924 en Ginebra, se adoptaron dos principios básicos como punto de partida de la aplicación de la norma: La catalogación del menor como una especial minoría dentro de la sociedad y la necesidad de un instrumento internacional específico de los derechos de este. Si bien, para llegar a los instrumentos convencionales actuales es importante determinar el avance de los textos y la progresión de las declaraciones referidas a determinados colectivos.

Fruto del intenso trabajo de organizaciones tanto públicas como privadas, intergubernamentales, gubernamentales y no gubernamentales se pudo dar sentido y significación a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹¹² y a considerarla el referente histórico de los derechos del niño. Su principal riqueza se basa en la metodicidad de los postulados reconocidos a nivel mundial de los derechos del niño. Se mantiene, en la Declaración, la concepción de menor adoptada en la Declaración de Ginebra, entendido este como ser humano diferente del adulto, en cuya diferencia radica la necesidad de cuidado y especial protección¹¹³, tanto antes como después del nacimiento. Lo que incluye al *nasciturus* y a la otorgación de derechos por igual al nacido y al concebido, considerando a este último como “niño”.

En cada uno de los principios se recoge el principio de igualdad y no discriminación y la necesidad del disfrute de los derechos¹¹⁴:

¹¹²Declaración de los Derechos del Niño, *Asamblea General de las Naciones Unidas*, en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959. Se aprobó de manera unánime por los 78 Estados miembros de la ONU. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹¹³En el punto tercero del preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, reza lo siguiente: “[...]Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento [...]”.

¹¹⁴Ya contenidos en la Declaración de Ginebra en el Preámbulo y en el punto 1.

1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.
2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.
5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.
6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.
7. El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.
8. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.
9. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.
10. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación no será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno

que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

11. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquiera de otra índole. Debe ser educado en su espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Sin duda, se trata del primer texto que alude y reconoce la importancia de la familia en su primer principio. De un lado, se entiende como el derecho de los menores al goce y disfrute de contar con la protección de unos padres y, de otro, a la responsabilidad en cuanto a su descendencia. Del mismo modo, impera la necesidad de que el menor goce de todos los derechos que le son propios sin distinción alguna. El segundo, consagra el principio de protección legal especial como base de su desarrollo en todos los sentidos, así como oportunidades y, anuncia el interés superior del menor que se declara como tal en el principio séptimo del mismo texto. El tercero, identifica al menor con identidad propia. El cuarto principio, garantiza la seguridad social, además de los servicios médicos y básicos tanto para el menor como para su madre. En el sentido de entender al niño antes y después de su nacimiento, al que me refería con anterioridad. El principio quinto tiene su origen en el punto segundo de la Declaración de Ginebra de 1924¹¹⁵ teniendo en cuenta que limita el círculo, ampliando la protección. El sexto principio, insiste en la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos en aras al aseguramiento de que crezcan en un ambiente propio para el buen desarrollo personal. Y reitera, así, las funciones del estado en relación con los menores desamparados, así como dota de ayudas a las familias numerosas. El principio séptimo, consagra el interés superior del menor nombrado en el principio segundo, en cuanto a su educación y al deber de los padres de asegurarles una correcta orientación en este ámbito. Alude al entretenimiento de los menores como parte de su crecimiento. El principio octavo, se refiere al derecho de protección del menor como prioridad en cuanto a recibir ayuda y

¹¹⁵Principio II de la Declaración de Ginebra de 1924: El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser cuidado; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño delincuente debe ser recuperado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.

socorro se refiere¹¹⁶. El principio noveno, declara la protección del menor contra el abandono, la crueldad, la explotación y la trata. A pesar del desarrollo internacional en la materia, se trata de una realidad que afecta de forma directa a la infancia actual, tal y como se ha detallado anteriormente a través de cifras mundiales. En el segundo párrafo de este principio, se trata de impedir el trabajo infantil “antes de una edad mínima adecuada”, sin embargo, no contempla qué edad dentro de la entendida, minoría de edad. En el décimo y último principio, se contempla la protección del menor contra las diferencias, la crueldad y la desidia fomentando la igualdad en el entendimiento debiendo estar al servicio de los demás.

2.1.3.- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

A partir de la redacción de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Comisión de Derechos Humanos se dedicó a revisar y a actualizar el texto en paralelo a la presencia e importancia del menor en la sociedad. En fecha 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención de los Derechos del Niño¹¹⁷, siendo el tratado de derechos humanos con más ratificaciones por parte de los estados que cualquier otro en la historia¹¹⁸. España firma la Convención en fecha 26 de enero de 1990 ratificándose el día 30 de noviembre del mismo año, entrando en vigor en nuestro país en fecha 5 de enero de 1995¹¹⁹. Mediante este Instrumento de ratificación, España muestra su desavenencia en cuanto a ciertos aspectos de la Convención¹²⁰.

¹¹⁶Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia y Conflicto Armado *Naciones Unidas Derechos Humanos*, de 14 de diciembre de 1974 y la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, *CNDH*, de 30 de septiembre de 1990.

¹¹⁷La entrada en vigor se produjo en fecha 3 de septiembre de 1990.

¹¹⁸Actualmente, solo tres países no han ratificado la Convención: Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur.

¹¹⁹Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹²⁰Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de febrero de

La Convención, se erige en una sociedad que aspira a un futuro igualitario, que pretende reforzar la idea de proteccionismo a la infancia como el colectivo poblacional más necesitado y vulnerable¹²¹. Sin duda, este Tratado constituye la normativa más significativa, con un tratamiento más amplio y fundamental en cuanto a los derechos e intereses de los menores¹²², con efecto vinculante entre los países firmantes. La Convención alberga y perfecciona los diez principios básicos de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y ordena, según Garibo Peyró¹²³, su contenido en siete pilares fundamentales; principios generales, derechos y libertades civiles, familia entorno y cuidados alternativos, salud y bienestar básicos, educación y actividades culturales, medidas especiales de protección y área residual relativa a otras materias no contenidas en las anteriores (supervisión de los derechos de los niños y legislación sobre los mismos). Existen diversos intentos de clasificar cada uno de los preceptos contenidos en el texto por bloques y, analizando en especial los argumentos de

2015, núm. 45, art. 21 apartado d): *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella”*. Y, Art. 38 apartado 2): *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades”*. Y, Art. 38 apartado 3): *“Los Estados Parte se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”*.

¹²¹En este contexto, otras resoluciones importantes que versan sobre el mismo tema, como la Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 1 de febrero de 1990 o la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, adoptada en 1992 (esta Resolución considera que las circunstancias del menor, su contexto y su familia le determinan en su vida posterior como adulto; que el entorno familiar desempeña un papel fundamental en el niño y que este requiere de unas necesidades especiales y al que debe protegerse).

¹²²C. Villagrasa Alcaide, “Nuevos retos legislativos en los derechos de la infancia y de la adolescencia”, en *Derecho persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, ed. B. Periñán Gómez (Madrid: Marcial Pons, 2010), 543-564.

¹²³A. P. Garibo Peyró, *Los Derechos de los Niños*, op. cit., p. 202. Si bien, en su obra se declina por seguir la clasificación de HIERRO, L. ¿Tienen los Niños Derechos?, comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. Revista de Educación núm. 294 (1991) donde clasifica los principios del Tratado en tres bloques distintos: igualdad, libertad y seguridad.

Feldman¹²⁴, es posible resaltar los valores y principios normativos que entiende como básicos: se invoca la libertad, la justicia, la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; rechazando toda idea discriminatoria y resaltando que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Destaca la familia como grupo fundamental de la sociedad, como criterio de “protección integral del niño” que, a su criterio, caracteriza la Convención, y pasa a tratar a los niños como sujetos actores, por lo tanto, pasaremos a considerar los puntos de vista que puedan tener los mismos¹²⁵.

Se trata del primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional en relación con los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de los derechos de los niños y niñas que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Los estados que se adhieren a la convención, estados participantes, se comprometen a cumplirla. Los estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la forma como se ejercitan los derechos¹²⁶. Es dicho Comité el órgano encargado por la propia Convención para seguir y evaluar el cumplimiento de la norma por parte de los Estados. Actualmente ha sido ratificado por 196 estados¹²⁷ reconocidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas y es de cumplimiento obligatorio por los mismos. En la actualidad, ha sido aceptada por todos los países del mundo a excepción de Estados Unidos¹²⁸.

¹²⁴G. Feldman, *Los Derechos del Niño* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998), 33-35.

¹²⁵Defensor del Pueblo, “Derechos de los niños y adolescentes”, Defensor del Pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/infancia>

¹²⁶Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño”, Comité de los Derechos del Niño: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>.

¹²⁷Unicef, “30º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Unicef: <https://www.unicef.org/mexico/30-aniversario-de-la-convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o>.

¹²⁸Unicef, “Convención de los derechos del niño”, Unicef España: <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20se%20convirti%C3%B3%20en,del%20mundo%20excepto%20Estados%20Unidos>.

El Preámbulo de la Convención, consta de doce párrafos en los que se recogen, minuciosamente, los derechos y las libertades inherentes al hombre, reconocidas ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹²⁹. Del mismo modo se incurre, expresamente, en la necesidad de proporcionar a la infancia la asistencia especial y los cuidados que requiere, recogidos en las ya referidas Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y Declaración de los Derechos del Niño 1959, entre otros Pactos Internacionales. Y se menciona, de nuevo y de forma expresa, el párrafo de la Declaración de 1959 que alude a la protección del niño antes y después del nacimiento¹³⁰. La primera parte, en cuanto a los principios generales, define al menor a efectos de aplicación de la Convención, desglosando los principios fundamentales que rigen los derechos reconocidos por los Estados a los niños además de aquellos que se comprometen a proteger y a garantizar. En su artículo primero establece la mayoría de edad a los dieciocho años aplicándose el tratado a todos los menores que estén por debajo de esa edad, salvo que le sea aplicable una ley que determine que haya alcanzado antes la mayoría de edad. Como no establece de forma fija una edad mínima requerida para la mayoría de edad, los estados miembros tienen cierta libertad a la hora de establecer dicho límite¹³¹.

Sucintamente, lo que se recoge en la Convención es el reconocimiento de todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho, a estar informados y conocer cuáles son sus derechos, con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, así como a expresar libremente sus opiniones. Esta convención otorga a la niñez un reconocimiento internacional con merecimiento

¹²⁹La Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 (III) *Asamblea General de las Naciones Unidas*, que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

¹³⁰“El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En el resto del articulado no se hace referencia a la atención prenatal.

¹³¹P. Jiménez Blanco, “Derechos del niño y situaciones transfronterizas (la Convención sobre los Derechos del Niño en tres décadas de Derecho Internacional Privado)”, en *30 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, ed. B. Vázquez Rodríguez (Madrid: Dykinson, 2020), 359-384.

de una especial protección, formando parte del proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Los cuatro principios rectores que deben orientar la aplicación de la convención y la futura interpretación del resto de derechos son; la no discriminación, que queda recogida en el artículo 2, el interés superior del niño, recogido en el artículo 3 en el primer epígrafe, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, recogido en el artículo 6, y el respeto a la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten, recogido en el artículo 12¹³². Junto a estos principios rectores, en la CDN le siguen los siguientes: derecho a la identidad, a la nacionalidad, a la no separación familiar, a reunirse con la familia, a evitar traslados y/o retenciones ilegales, libertad de pensamiento, conciencia y religión, protección de la intimidad, protección contra los malos tratos, derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que afecten sus intereses y a que ellas sean tenidas en cuenta por quienes deban resolver las cuestiones que directa o indirectamente los involucren.

La Convención se completa con tres protocolos facultativos que son relativos a la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantiles, y la participación de los menores en los conflictos armados. Todo ello es importante y fundamental para entender el posterior desarrollo existente en la normativa interna respecto a la salvaguarda de los derechos de los menores en los procesos.

En cuanto al principio de derechos y libertades aludido anteriormente, se engloban las exigencias de igualdad formal y material; el derecho al bienestar y al desarrollo integral de la persona (art. 27), el derecho al descanso y al esparcimiento especial (art. 31). El derecho de los menores con necesidades especiales (art. 23 y 25). En cuanto al principio de libertad, la agrupa en cuanto a pensamientos y religión (art. 14), la libertad de expresión y de recibir y difundir información (art. 16 y 17), la libertad de asociación y de reunión (art. 15), el derecho del menor a expresar su opinión y ser escuchado y, lo que considero de

¹³²Plataforma de la Infancia, “Convención sobre Derechos del Niño - versiones adaptadas por edad”: <https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/convencion-derechos-del-nino/>.

especial relevancia, el derecho del menor a ser parte del proceso (art. 12), la libertad cultural, lingüística y religiosa de los niños que forman parte de minorías de carácter étnico, lingüístico o religioso (art. 30). Como detalla Bainham¹³³, el concepto “derechos” debe tratarse con cierta cautela, teniendo en cuenta que muchas de las aspiraciones para los niños establecidas en la Convención, nunca podrían ser ejecutadas como derechos legales por niños individuales en los Tribunales. Son de naturaleza progresiva y pragmática y, por lo tanto, dependen de la voluntad política y de la disponibilidad y el compromiso de los recursos en el ordenamiento interno de cada país.

En cuanto al área de familia, entorno y cuidados alternativos, se establece el respeto a las personas adultas o institución a cargo de los menores (art. 5 y 21) con el fin de asegurar la orientación apropiada a la evolución de sus capacidades, instituye el principio de que el menor no debe ser separado de sus padres (art. 9), enfatiza la reunificación familiar (art. 10) y se le reconoce el derecho de no ser objeto de injerencias en su vida privada y familia, su domicilio y su correspondencia y a no ser atacado en su honor (art. 16), se asegura la protección de los niños privados de su medio familiar dando prioridad a un lugar alternativo (art. 20).

En cuanto al bloque de salud y bienestar básicos, el derecho a la salud propiamente dicho y a la seguridad social (art. 24 y 26), el derecho a promover el bienestar social, espiritual y moral además de la salud física y mental (art. 17), el disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación de menores (art. 24), el derecho a la evaluación periódica del menor en circunstancia de internamiento (art. 25).

Por lo que respecta a las medidas de educación, recreo y actividades culturales, el derecho a la educación entendiendo la igualdad de oportunidades para acceder a ella (art. 28 y 29), el derecho de los menores impedidos a recibir

¹³³A. Bainham, *Children: The Modern Law* (Bristol: Family Law, 1998), 57. Además, según subraya el referido autor, algunos derechos legales más específicos, probablemente ya se habían implementado en el ordenamiento jurídico inglés previo a la adopción de la Convención.

educación y adiestramiento especiales, destinados a lograr su autosuficiencia e integración en la sociedad (art. 23), la no negación a la pertenencia del niño a minorías o poblaciones indígenas incentivando y respetando que tenga su propia cultura y profese su propia religión y emplee su propio idioma (art. 30).

En lo referente a los criterios especiales de protección y cuidado, ya recaiga sobre los padres, tutores o instituciones públicas (art. 3, 18 y 27), a la protección del menor contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo (art. 32), la recuperación del menor que se haya visto como víctima de tortura, trato, penas crueles inhumanos o degradantes, tendrá derecho a recuperación y reintegración en un ambiente que fomente la salud, el respeto y la dignidad del mismo (art. 39) y, en especial, a la adopción de medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para proteger a los niños contra el uso ilícito de sustancias (art. 33).

Por último, en cuanto a la supervisión de los derechos y la legislación de estos, los Estados Parte serán los encargados de velar por la aplicación de los derechos de acuerdo a la legislación nacional y a las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales (art. 7).

En definitiva, resulta de especial relevancia la reflexión de Garibo Peyro¹³⁴ que, a efectos prácticos, dispone la existencia de una leve contradicción en el texto de la Convención por lo que respecta al derecho a la libertad de expresión del menor en el ya citado artículo 13¹³⁵ y a la clara persistencia a lo largo de todo el articulador de la necesidad del niño de ser cuidado y protegido, de buscar continuamente una figura de amparo con un amplio elenco de alternativas, sin

¹³⁴A. P. Garibo Peyró, *Los Derechos de los Niños*, op. cit., pp. 207-208.

¹³⁵España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 199, núm. 313, pp. 38897-38904, art.13: "1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y serán necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la Protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas".

incluir una protección específica en el ejercicio de este derecho. Ello resulta en su puesta en práctica, sin quererlo, un claro perjuicio en cuanto a que el menor podría verse manifiestamente desamparado ejerciendo su derecho de expresión y exteriorización por la simple falta de madurez, extremo que se tratará en detalle en los próximos capítulos.

Resulta destacable hacer mención del Comité de Derechos del Niño¹³⁶ como órgano independiente que supervisa el cumplimiento de la Convención. La función principal que ostentan es la de vigilar las actuaciones de los gobiernos en relación al ejercicio de los derechos del niño. Estas instituciones se sustancian en la defensa de los intereses de los niños y en hacerles portavoces para llegar a poder generar un cambio, o al menos promoverlo, de las políticas nacionales que gobiernan para llevar al máximo exponente la defensa de los menores. Principalmente ofrecen herramientas para defender la vulnerabilidad de derechos y crear un espacio de debate sobre la situación de los niños en la sociedad¹³⁷. Ante él, se prevé la posibilidad de presentar quejas individuales a través de las cuales, los individuos pueden manifestar los derechos que les están siendo vulnerados a través de las pertinentes reclamaciones contra el Estado supuestamente infractor. El Comité, a través de la realización de Observaciones Generales, implementa y actualiza la Convención con el fin de que los menores vean salvaguardados sus derechos y principios paralelamente al paso del tiempo y a la sociedad cambiante. La obligación del Estado será la de asegurar la protección y el cuidado del niño para garantizar su bienestar, todo en relación con el sentido amplio garantizando su desarrollo, abarcando tanto el cuidado emocional como su seguridad, salud y educación, entre otros.

¹³⁶A tenor de lo contenido en el Art. 43 de la Convención, el Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia que serán escogidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal.

¹³⁷UNICEF Oficina de Investigación, *La defensa de los derechos del niño: Informe de síntesis de un estudio global sobre las instituciones independientes de derechos humanos en favor de los niños* (Florenca: UNICEF Innocenti): https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/championing2_spa.pdf

La misma CDN dispone en el artículo 4 que será obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo con efectividad los derechos que se le otorgan a los niños y niñas en dicho tratado internacional. El Estado es el responsable de hacer efectivos los derechos de los menores, siendo esta obligación la de todas las instituciones estatales.

Así mismo, en el artículo 40 de la CDN¹³⁸ se determina que cualquier menor, tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y a poder beneficiarse de las garantías que otorga un procedimiento equitativo, así como a poder disponer de asistencia jurídica en la presentación y preparación de la defensa del mismo. En los casos en que esté involucrado el menor, tendrá siempre el derecho a que se respete y se asegure la importancia que tiene el mismo para garantizar un proceso justo.

Con relación a la aplicabilidad directa que posee la Convención en todos los países que la han ratificado, es un punto en debate, ya que los particulares podrán invocarla directamente antes las autoridades, pero se exigen ciertos requisitos¹³⁹. Una de las condiciones es que la Convención debe estar incorporada al derecho interno, el contenido debe ser preciso para no necesitar un despliegue de legislación interna y finalmente la Convención debe contener derechos de los menores y no únicamente las obligaciones de los estados parte¹⁴⁰.

El derecho de defensa de los menores va muy ligado, como cualquier derecho relacionado con el menor de edad, al interés superior del menor que es el máximo exponente al que se quiere llegar con la protección del resto de derechos, entendido como aquel derecho fundamental de cualquier persona física o jurídica a defenderse ante un tribunal de justicia con plena garantía,

¹³⁸España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹³⁹J. Carrascosa González, "Derechos del menor, violencia e inconstitucionalidad: ¿La Clave está en Europa?", *Revista de Abogados de Familia* 115 (2022), 7-19.

¹⁴⁰España tiene la Convención debidamente incorporada en su ordenamiento jurídico y cumple también con los otros dos requisitos más.

igualdad e independencia. El derecho de defensa se debe mantener y aplicar en todas las fases del procedimiento y sobre todo evitar desequilibrios que se puedan generar entre distintas posiciones procesales para que dicho desequilibrio no pueda desembocar en una situación de indefensión¹⁴¹.

El interés superior del menor se ha calificado de alguna forma por la doctrina como un derecho de protección hacia el futuro, es decir que la pretensión que defiende es la de facilitar la formación del menor con visión hacia el futuro, con la finalidad de que pueda desarrollar su personalidad. Así lo recoge también la sentencia del Tribunal Supremo 320/2011 de 12 de mayo de 2011 donde fija, en el fundamento de derecho quinto, que la doctrina más representativa afirma que el interés del menor consiste también en salvaguardar los derechos de su propia personalidad, removiendo del camino cualquier traba u obstáculo que se interponga al desarrollo íntegro y común de la personalidad del menor¹⁴².

Todo el amparo que se le otorga al menor en relación con la protección del interés superior del mismo que viene recogido en el artículo tercero de la CDN¹⁴³ viene, implícitamente unido a ello, todos los derechos de defensa y amparo de los que se vale el menor, como el derecho de defensa. Queda consolidado de tal forma que, efectivamente, las medidas o derechos que se adopten en relación con el menor deben tener en consideración y estar basadas en el interés superior del menor para poder asegurar la protección y el cuidado necesario para el mismo.

El interés superior del menor tiene como objetivo poder garantizar la entera protección de los derechos que se reconocen posteriormente en la convención. Aunque no se haya establecido una jerarquía de los derechos del menor en la

¹⁴¹J. J. Flores Gómez y J. A. Romero Porro, "El derecho de defensa y la tutela judicial efectiva en *Ponencias: Por una nueva ley orgánica reguladora del derecho a la defensa e intrusismo* (Cáceres: Ilustre Colegio de abogados de Badajoz, 2018), 1-48.

¹⁴²Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 320/2011 de 12 de mayo de 2011.

¹⁴³Comité de los Derechos del Niño, "Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", Convención sobre los Derechos del Niño: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>.

CDN, todos los derechos responden a ese interés superior del menor¹⁴⁴. Cualquier medida, entendida como los actos, conductas, procesos, que se tome en relación con un menor, y le afecten tanto de forma indirecta o de forma directa, al interés superior del mismo debe tener la consideración de primordial. Por lo tanto, cuando alguna medida vaya a incidir sustancialmente teniendo repercusiones en algún menor, se debe adoptar una serie de procedimientos o medidas de protección para que pueda permanecer inalterable ese interés superior.

Es el TEDH, que hace una interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta interpretación es una forma más de que el estado cuando no se está actuando conforme a los derechos humanos, que por extensión forman parte también los derechos recogidos en la CDN debe actuar y hacerse cargo de que se respeten dichos derechos. El TEDH con esta interpretación considera que, en este caso, no se estaba respetando el vínculo interfamiliar entre el menor y su familia debiendo actuar otorgando protección jurídica permitiendo que el vínculo se desarrolle y el menor pueda integrarse de forma correcta. Esto queda recogido por parte del tribunal en la sentencia de 28 de junio de 2007 del caso Wagner y otro contra Luxemburgo, así como también en el caso Harroudj contra Francia de 4 de octubre de 2012¹⁴⁵.

En definitiva, la CDN ha supuesto un punto de inflexión en relación con la protección infantil. Ha generado un desarrollo normativo muy amplio, creándose un instrumento que implica una vinculación de los estados respecto a la protección y promoción de los derechos de los menores. Sin embargo, las amenazas contra los derechos de los niños son persistentes y siguen presentes, por lo tanto, sigue siendo necesario garantizar la protección de estos asegurando fundamentalmente el interés superior del menor.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil) Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014.

2.1.4.- Efecto de los textos internacionales como fuente de aplicación directa a nivel nacional.

El primer paso para la aplicabilidad de una norma internacional en el sistema jurídico español requiere de la publicación del tratado en el Boletín Oficial del Estado, tal y como se recoge en el artículo 96 de la Constitución¹⁴⁶ y en el Código Civil¹⁴⁷. La aplicación de los Tratados internacionales en la Constitución¹⁴⁸. Asimismo, se impone la interpretación de las normas según los tratados internacionales de derechos fundamentales ratificados por España, mediante el artículo 10.2 del mismo texto legal¹⁴⁹.

Los requisitos que dispone el artículo 96.1 han sido satisfechos por la Convención sobre los Derechos del Niño, resultando aplicable en España, ya que ha sido válidamente celebrada y publicada con posterioridad en el BOE. Concretamente, España firmó la Convención de las Naciones Unidas el 26 de enero de 1990 y depositó su instrumento de ratificación el 6 de diciembre del mismo año. Este texto normativo, fue publicado en el BOE núm. 313, el 31 de diciembre de 1990 y está en vigor en nuestro país desde el 5 de enero de 1991.

La jerarquía normativa se basa en la aplicabilidad de la norma internacional en primera instancia, que prevalece sobre la legislación nacional. Esto es, en cada

¹⁴⁶España. Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311. art. 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

¹⁴⁷España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 1.5.

¹⁴⁸España. Constitución Española, *op. cit.*, art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁴⁹ *Ibidem*, art. 10.2: “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”.

una de las materias, la norma nacional solo es de aplicación si no existe ningún reglamento o convenio que regule tal cuestión¹⁵⁰.

La Convención, en tanto que norma jerárquicamente superior en relación con la protección de la infancia en el ordenamiento español, vincula de igual forma a la administración y al poder judicial y, debe analizarse con respecto a dos perspectivas distintas. Por un lado, el poder legislativo y, por otro, el poder judicial. Los Tribunales deben cumplir con su deber de aplicar las obligaciones legales.

Resulta interesante proceder con el análisis empezando por la obligación del legislador en la aplicación de los principios de la Convención:

- En lo que respecta a la Constitución Española de 1978, la protección de la infancia en el marco constitucional ha surgido con posterioridad a la elaboración de este texto legal¹⁵¹. A pesar de que la propia Constitución no alude expresamente a la figura del menor y a su necesidad de particular protección, merece especial consideración el artículo 39, al establecer la protección de menores como un principio rector de la política social y económica al indicar que *“los niños gozarán de la protección*

¹⁵⁰ España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, núm. 157. Artículo 21.1: *“Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”*. España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de julio de 1889, núm. 206. Artículo 9.9: *“A los efectos de este Capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas, se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. [...]”*. Y, España. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *Boletín Oficial del Estado* de 31 de julio de 2015, núm. 182. Artículo 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: *“La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte, b) Las normas especiales del Derecho interno, c) Subsidiariamente, por la presente ley”*.

¹⁵¹ España. Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, *Boletín Oficial del Estado*, de julio de 1970, núm. 161, pp. 10702-10704. En cuanto al ámbito de protección de los menores que nos ocupa y, anterioridad a la Constitución Española, resulta significativa esta ley.

prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo, constituye la necesidad por parte de los poderes públicos de asegurar una protección al menor más allá del deber asistencial que tienen los padres con respecto a sus hijos. En consecuencia, los niños deben gozar de una protección, no solo por parte de sus padres, sino también a través de los distintos mecanismos que establezcan los organismos públicos competentes en materia de asistencia y defensa del menor¹⁵². Siguiendo la misma línea, el artículo 20.4 establece “la protección de la juventud y de la infancia” como límite a la libertad de creación, producción, expresión, difusión, información y cátedra. Asimismo, se alude también a los menores en el artículo 27.3, al regular el derecho de los padres “a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Por último, el artículo 48, establece que “los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.

- En la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio), transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan de una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras al cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución¹⁵³. Los cambios introducidos refuerzan la prioridad que debe darse al interés superior del menor como consideración primordial en cuanto a asegurar el respeto completo y efectivo de los derechos del menor, del mismo modo que su desarrollo integral. Resulta relevante la importancia que se da a que este principio sea expresamente motivado en la resolución con el fin de asegurar su aplicación. Sin duda, el desarrollo de la norma reviste en la persistencia de reconocer como

¹⁵² M. T. Rivero Sánchez-Covisa, “El acogimiento familiar en España. Especial consideración: el acogimiento preadoptivo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho* 1 (2018), 2.

¹⁵³ B. I. Subiñas Castro, “Hacia un juez/jurisdicción integral del menor”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho* núm. 2 (2019), 7-15.

derecho fundamental del menor el ser oído y escuchado permitiéndole expresar libremente su opinión. Si bien, se establece un criterio de madurez en los 12 años y se otorga primacía a informar al menor sobre el proceso en aras a conocer su opinión.

- Del Código Civil, destaca el artículo 92.2 por reconocer como derecho del menor el ser oído por el Juez, en los procesos que versen sobre medidas que les conciernan en cuanto a custodia, cuidado y educación. El artículo 92.6, recoge de nuevo este derecho antes de acordar un régimen de guarda y custodia, siempre que se estime necesario de oficio o se solicite a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes, o de los miembros del Equipo Técnico Judicial o, incluso, del propio menor. En el apartado 8 del mismo artículo, se alude al interés superior del menor siempre que se fundamente a través de un informe favorable del Ministerio Fiscal mediante el que se asegure la protección del niño. El artículo 172 bis. 1, por su parte, versa sobre la custodia y la guarda administrativa voluntaria instada por los progenitores. El artículo 173.2 alude al acogimiento familiar y a la necesidad de consentimiento del menor que tenga suficiente madurez o, en su caso, sea mayor de doce años. El artículo 178.4, por otro lado, refiere a la continuidad de relación entre el menor adoptado y su familia de origen siempre y cuando el interés del menor así lo aconseje.
- En la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y en concreto en el artículo 749.1, se hace especial referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos relativos a familia y menores en aras a la salvaguarda del interés superior de estos. Por su parte, el artículo 778 quinquies punto 9 y 12 establece el procedimiento de restitución del menor en caso de sustracción internacional y, la suspensión del proceso para someterse a mediación. El mismo artículo, pero en el apartado bis, se persigue legitimar las restricciones a la libertad y derechos fundamentales que la medida de ingreso de un menor en un centro de protección pudiera ocasionarle. El apartado ter del mismo artículo recoge el procedimiento de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores que debe solicitarse por escrito por la Entidad Pública de forma motivada y detallada, siendo competente el Juzgado de primera instancia donde radique el domicilio del menor.

- La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en lo referente a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad y concretamente en su artículo 60.3, recoge la celeridad de dictar la resolución por parte del Juez en atención al interés superior del menor o la persona con la capacidad modificada judicialmente.
- La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, en su artículo 46.1 en relación con la Exposición de Motivos VIII, recoge el procedimiento de exequátur, así como las causas de denegación del reconocimiento.
- El Reglamento CE 2019/1111, también considerado derecho español, las normas emanadas del Consejo y el Parlamento Europeos, en ellas, el derecho del menor se plasma constantemente. En su considerando 20 vincula la proximidad a la defensa del interés superior del menor. En su artículo 22 se establece el criterio de presencia, así como el artículo 18, se declina por el tribunal que tiene conocimiento del asunto y se lleva de oficio. La residencia habitual cuando es con un estado contratante del Convenio de la Haya como regla general implica que se aplique el Convenio de la Haya y no el reglamento, tal y como establece el artículo 97. El artículo 10 establece una única regla de elección del tribunal competente. Del mismo modo, se establece la posibilidad de concluir un acuerdo de sumisión expresa antes de que surja la controversia. Se recogen las cuestiones incidentales en el artículo 16.
- El Reglamento 4/2009 sobre competencia, ley aplicable y ejecución en materia de alimentos, en su artículo 1 recoge la no discriminación de los niños por la situación conyugal de los padres. El 3 apartado d) alude a la acción de alimentos accesoria acumulable a la de responsabilidad parental, en su artículo 4.3 a la exclusión de la elección de foro en alimentos para menores de dieciocho años y el artículo 15 remite al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, que tiene muy en cuenta el interés del menor.

En cuanto a lo relativo a la aplicación de la Convención por parte de los Tribunales españoles y, concretamente el Tribunal Constitucional, se puede afirmar que, hasta ahora la incidencia cuantitativa de la jurisprudencia

constitucional es escasa. Martínez Sospedra¹⁵⁴ sostiene que el interés prevalente del menor hace acto de presencia en la jurisprudencia por vía indirecta, bien como argumento secundario en recurso de amparo en el que se alega vulneración de un derecho fundamental, bien en los casos en que hace acto de presencia en el seno de una cuestión de inconstitucionalidad elevada por los tribunales ordinarios. Por su parte, la Convención está presente en prácticamente la mayoría de resoluciones a partir del décimo año de su ratificación y entrada en vigor, aunque en límites muy modestos.

En cuanto a la falta de audiencia del menor y, en los casos en los que el TC otorga el amparo, se ha considerado relevante destacar cierta jurisprudencia que menciona que entiende vulnerado el derecho del menor a ser oído ya que aun cumpliendo todos los requisitos necesarios y habiéndose invocado las leyes pertinentes, no se realizó dicha audiencia¹⁵⁵, y por lo tanto se otorga el amparo entendiendo lesionado el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

¹⁵⁴M. Martínez Sospedra, "Interés preferente del niño. Un estudio de jurisprudencia constitucional" en *El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, comparada y española*, ed. S. Sanz Caballero (Navarra: Editorial Aranzadi, 2017), 228.

¹⁵⁵ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 71/2004, de 19 de abril de 2004. Ref. El derecho. FJ 10º: *"El TC estima parcialmente el recurso de amparo interpuesto por los acogedores de una menor frente a resolución que acordó el cese de su acogimiento por desamparo y denegado su carácter preadoptivo. Entre otros, entiende vulnerado el derecho de la menor a ser oída en un proceso en el que estaba directamente implicada y para el cual gozaba, por su edad, del suficiente juicio, según el artículo 12 de la Convención, habiendo ya el Ministerio Fiscal invocado el interés de la menor según el texto legal internacional"*

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 152/2005, de 6 de junio de 2005. Ref. El Derecho. FJ 3º: *"El TC otorga parcialmente el amparo solicitado por el demandante, padre de dos hijos menores al que las resoluciones que ahora se impugnan le retiraron la guarda y custodia, modificando así la decisión tomada en la instancia. Se considera lesionado su derecho a tutela judicial efectiva por cuanto al adoptarse tal decisión no se otorgó trámite de audiencia al menor de edad, gozando de juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia con el fin de ser oído, derecho que tiene reconocido todo menor que se encuentre en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familia o social, reconocido por el art. 12 de la Convención"*.

Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia número 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Ref. El Derecho. FJ 5º: *"El TC declara nulo el inciso "favorable" del art. 92.8 CC, que regula la adopción por parte de un Juez de un régimen de custodia compartida, a instancia de una sola de las partes y con el informe favorable del Ministerio Fiscal, si de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Insiste en una decisión judicial motivada y, alude a una posible inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad en la ley. en relación con igualdad de los niños reconocido en el art. 2 de la Convención."*

Siguiendo la misma línea hay jurisprudencia¹⁵⁶ que considera que se ha vulnerado el derecho del menor a ser oído, pero independientemente de esta intrusión, el TC ha considerado no otorgar el amparo.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 17/2006, de 30 de enero de 2006. Ref. El Derecho. FJ 5º: *“El TC estima el amparo promovido por el Ministerio Fiscal entendiendo lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, alegado en interés de dos menores vinculadas personal y familiarmente en un proceso matrimonial de divorcio. La Convención reconoce, en su art. 12 el derecho a ser oídos a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén implicados y que conduzca a una decisión que les afecte a su esfera personal, familiar o social”*.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 138/2014, de 8 de septiembre de 2014. Reg. El Derecho. FJ 3º: *“El TC concede el amparo y anula las resoluciones porque no se ha calibrado el interés de los menores, citando, entre otras normas, el artículo 3.1 de la Convención”*.

¹⁵⁶ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 75/2005, de 4 de abril de 2005. Ref. El Derecho. FJ 3º: *“El TC desestima el amparo promovido frente a resoluciones que acordaron el acogimiento preadoptivo del hijo biológico recurrente. Consta que se han respetado las garantías procesales de intervención e insiste en el derecho del menor de participar en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres y dar a conocer sus opiniones, contenido en la Convención”*.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Ref. El Derecho. FJ 5º: *“El TC desestima el recurso de amparo, admitido a trámite por primera vez en nuestro país, presentado por un padre transexual, a quien su exmujer impedía mantener contacto con su hijo menor tras cambiarse de sexo. La resolución no se basa en la orientación sexual del padre, sino en el interés del menor ante graves problemas psíquicos del progenitor, que impedían temporalmente contacto con él, de acuerdo al artículo 9.3 de la Convención”*.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 74/1997, de 21 de abril de 1997. Ref. El Derecho. FJ 4º: *“El TC invoca la Convención en cuanto rechaza toda discriminación sobre la base de la filiación matrimonial o extramatrimonial, pero no otorga el amparo a la reclamante por la absolución del impagador, porque el tipo penal (ya entonces cambiado) discriminará a la familia no matrimonial, porque no podía ser aplicado análogamente”*.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 163/2009, de 29 de junio de 2009. Ref. El Derecho. FJ 3º: *“El TC desestima el recurso de amparo promovido por la recurrente y su hijo frente a sentencias que modificaron el régimen de visitas del padre en litigio sobre medidas en materia de familia. La Sala considera que los jueces de familia no tienen la obligación en nuestro país de escuchar en un juicio a los niños menores de edad para fijar algunas de las condiciones del divorcio de sus padres, no vulnerándose con ello los derechos fundamentales de los hijos recogidos en la constitución. A pesar de haberse invocado el art. 12 de la Convención, el fallo considera que no existe obligación de oír al menor, bastando con la exploración psicológica para que el juez resuelva”*.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 4/2001, de 15 de enero de 2001. Ref. El Derecho. FJ 2º: *“El TC desestima la petición de un recurso de amparo presentado contra una sentencia de la AP al considerar que se modifican los efectos al cambiar el sistema de guarda. La Sala entiende que la sentencia no carece de motivación, pues aprecia como criterio decisivo el interés superior del menor y justifica*

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es más reacio a la hora de citar la Convención en sus resoluciones, a pesar de ser aducido en los recursos. Si bien, en los últimos años, el artículo 3 de la Convención se invoca por las partes cada vez con más frecuencia como fundamento de los motivos de casación, sobre todo en temas de custodia compartida, a pesar de que el Tribunal Supremo resuelve en base a su transposición nacional. En este sentido, se han considerado relevantes las siguientes sentencias que estiman la Convención¹⁵⁷.

la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar su buen desarrollo personal y social."

¹⁵⁷ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 630/2018, de 13 de noviembre de 2018. Ref. El Derecho. FJ 3º: *"Determina el TS que el régimen compartido es el sistema normal y deseable que más protege el interés de los menores. Considera que se ha vulnerado, la Convención, la Carta Europea y la LO 1/1996 y el artículo 9.2 CC en lo que respecta al Interés superior del menor."*

Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 654/2018, de 20 de noviembre de 2018. Ref. El Derecho. FJ 4º: *"Determina el TS que debiendo primar el interés de la menor para la modificación del régimen de custodia, el cambio requerido en las necesidades de la menor no tendrá que justificarse en un cambio sustancial, pero si cierto, como puede ser la voluntad de ella. La estimación se fundamenta en la Convención, la Carta Europea y la LO 1/1996"*.

Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 553/2016, de 20 de septiembre de 2016. Ref. El Derecho. FJ 3º: *"El TS requiere, en los procedimientos de modificación de medidas que los progenitores que soliciten la adopción de una custodia compartida propongan un plan de ejercicio que no sólo sea beneficioso para los menores, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual. Desestima el recurso presentado y cita el artículo 3.1 de la Convención"*.

Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 676/2017, de 15 de diciembre de 2017. Ref. El Derecho. FJ 3º: *"Determina el TS que para fijar el régimen de visitas debe primar el interés del menor ponderando, entre otros asuntos, la distancia de los domicilios de los progenitores, así como su edad. Estima la casación con base en el artículo 9.3 de la Convención, juntamente con la LO 1/1996 y los artículos 94 y 160CC"*.

Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 711/2016, de 25 de noviembre de 2016. Ref. El Derecho. FJ 3º: *"El TS requiere, para acordar la privación de la patria potestad de los menores, que los progenitores incumplan los deberes, inherentes a la patria potestad, de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para los hijos. En el segundo motivo de la casación, se alegaban los artículos 3.1 y 8.1 de la Convención"*.

2.2.- Interés superior del menor como derecho fundamental.

Acercarse al concepto del interés superior del menor, en tanto que indeterminado, resulta fundamental en el desarrollo del presente trabajo, exponiendo a continuación las distintas vertientes del mismo. Se realiza especial énfasis a la vertiente interpretativa, por entenderse como tal, la incorporación que se ha hecho del mismo en el ordenamiento jurídico español y su evolución a través de doctrina jurisprudencial.

2.2.1.- Vertiente procesal. Cuestión de orden público.

El interés superior del menor es el motivo que inspira los textos que recogen las medidas proteccionistas de la infancia. Su origen radica en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹⁵⁸. Este principio evoluciona, invocándose, como base rectora de la Convención de los Derechos del Niño de 1989¹⁵⁹ y, en especial, en su artículo 3.1¹⁶⁰ por el que se otorga la supremacía de este precepto como consideración primordial de aplicación por parte de los Tribunales. Y ello en concordancia con el precepto 24.2¹⁶¹ de la Carta de

¹⁵⁸Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Asamblea General de las Naciones Unidas. Principio 2: *“el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*.

¹⁵⁹Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313, pp. 38897-38904, art. 4: *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

¹⁶⁰Ibidem, art. 3.1: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

¹⁶¹Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, 2010/C 83/02 *Diario Oficial de la Unión Europea*. Artículo 24 Derechos del menor: *“1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que le 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*

Derechos Fundamentales de la Unión Europea que engloba los derechos de los menores como objeto de protección, así como el derecho a recibir los cuidados necesarios, a poder expresarse, a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, en relación con los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez.

En idéntico sentido, los Reglamentos de la Unión Europea y los Convenios del Consejo de Europa, así como los Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (aprobados por la Unión Europea y ratificados por España), atienden igualmente al interés superior del menor al abordar las materias de que se ocupan: de la sustracción internacional de menores, del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, entre otros.

En fecha 28 de abril de 2016 se establecieron, por parte del Parlamento Europeo, unas resoluciones¹⁶² en relación con la protección del interés del menor en la UE sobre las peticiones que se habían dirigido con anterioridad a la mencionada institución. El Parlamento se dirige a los estados miembros y a las instituciones europeas para realizar una serie de recomendaciones y peticiones, además destaca ciertas obligaciones otorgadas por la normativa comunitaria que tienen las autoridades nacionales de los estados.

El reconocimiento del interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico nacional ocupa el más alto nivel al haberse adaptado la reglamentación española a los principios específicos del texto internacional de la Convención de los Derechos del Niño. La Constitución contempla este principio en su artículo 39.4 al disponer que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos

instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

¹⁶²Protección del interés superior del menor en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre la protección del interés superior del menor en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo (2016/2575(RSP)) *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 28 de abril de 2016 (2018/C 066/01).

internacionales que velan por sus derechos” y con ello, la responsabilidad de los padres como obligados a prestar la asistencia que requieran los hijos¹⁶³. En este mismo texto legal, resulta también relevante el artículo 10 al garantizar la efectiva protección del menor desde la consideración de derecho fundamental.

Siguiendo con lo concerniente al ámbito estatal, en la última reforma que se ha producido en cuanto a la protección de la infancia, concretamente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, surge como forma de implementar y actualizar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor a través de cambios jurídico-procesales y sustantivos significativos. En especial, al incurrir en los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁶⁴ de la Constitución Española. Si bien, la predecesora Ley Orgánica 1/1996 creó las bases en cuanto a la solidez de un marco regulador de los derechos de los niños. Los cambios en la sociedad han suscitado la necesidad de modificar a la vez que modernizar el marco transversal en cuanto a las políticas de la infancia¹⁶⁵. Resulta relevante la explicación que se le da al concepto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015 siguiendo la recomendación recogida por el comité de Derechos del Niño en su Observación n.º 14 del año 2013, por cuanto el interés superior del menor tiene un triple principio:

“es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan

¹⁶³España. Constitución Española, *op. cit.* En este mismo texto legal, resulta de especialmente relevante el artículo 10 relativo a los derechos y deberes fundamentales: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. 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”.

¹⁶⁴Ídem. Especialmente, los arts. 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24.

¹⁶⁵Del mismo modo, se requirió de la modificación de otras normas relevantes en la protección a la infancia, tales como: España. 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, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15, de 15 de enero de 1996, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000, núm. 7, y de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

Del mismo modo, resulta interesante la vertiente procesal desarrollada por el artículo 2.5 de la misma ley. A tenor del precepto:

“Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.*
- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.*
- c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia de ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso de defensa de sus intereses.*
- d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.*
- e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.*

Se trata por tanto de un principio legal que ejerce gran influencia en la doctrina científica y en la práctica de los tribunales.

Indirectamente, el Código Civil, en su artículo 158¹⁶⁶, faculta al juez para adoptar, de oficio o a instancia de parte, las disposiciones que considere oportunas a fin

¹⁶⁶España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art.158: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de

de evitar perturbaciones que pudieran ser perjudiciales para el menor con la finalidad de evitarle perjuicios. Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en su artículo 749¹⁶⁷, legitima al Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos civiles no dispositivos en tutela del interés del menor.

2.2.2.- Vertiente sustantiva. Configuración y alcance del concepto.

En cuanto a la evolución de la protección del menor en el marco internacional, no es hasta principios del siglo XX cuando la legislación se humaniza a través de la aparición de Declaraciones, Convenciones y Tratados cuya finalidad es la defensa de la infancia. Es en este momento cuando deben subrayarse dos cuestiones que se ponen de manifiesto; por un lado, la constatación de que la infancia está necesitada de protección, y por otro, el grave inconveniente de que no se establece de manera unitaria el periodo de tiempo en que una persona es sujeto de derechos especiales por razón de su edad¹⁶⁸. De lo anterior, se desprende la utilización indistinta y simultánea de términos que deben ser precisados de diferentes modos, al no compartir significado la palabra “joven”, “niño” o “menor”. Se observa que el error radica, sin duda, en que las

alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional b) Prohibición de expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro para evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

¹⁶⁷España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 7, de 8 de enero de 2000, art. 749: “1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada 2. En los demás procesos a que se refiere este título será perceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”.

¹⁶⁸M. Martín Rodríguez, “Los ámbitos normativos de protección del menor”, en *Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia* (Madrid: El Derecho, 2005), 625-632.

organizaciones internacionales permiten a los Estados señalar de manera unilateral las diferentes etapas de protección dependiendo de las diferencias culturales y ello puede inducir claramente a confusión.

Volviendo a la cuestión, en el ámbito nacional y según las argumentaciones de Mata Trujillo¹⁶⁹, en la predecesora legislación a la Constitución¹⁷⁰, se concebía al menor no como sujeto de derechos, sino como un incapaz o inmaduro, contemplado desde y en la institución familiar, pudiendo calificarlo hoy en día como paternalista o protector. La finalidad que se buscaba era adoptar respecto al menor las decisiones que se estimaran más oportunas en aras a garantizar su bienestar, reeducación y rehabilitación social. En consecuencia, el avance en la concepción de que el menor ha pasado de ser objeto de protección a sujeto de derechos, es ya reconocido en todos los ámbitos sociales y jurisprudenciales en el ámbito nacional.

“Conforme ha entendido el TC el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positivo, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad, teniendo en cuenta que precisamente por su minoría de edad, necesitan de la protección y defensa de los terceros”¹⁷¹.

En este sentido, la función del Ministerio Fiscal, como superior vigilante de las Entidades Públicas es proclive en cuanto a que la búsqueda de la máxima protección para los más vulnerables ha de ser impulsada, desde la caracterización de los menores como sujetos activos, participativos y creativos,

¹⁶⁹M. Trujillo Mata, *El interés del menor en los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión Europea* (Madrid: El Derecho, 2011), 123.

¹⁷⁰España. Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, *Boletín Oficial del Estado*, de 19 de julio de 1948, núm. 21 pp. 3306, modificada por 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, *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de 17 de enero de 1996, núm. 15, que es una reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

¹⁷¹Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 141/2000, de 30 de junio de 2000.

con capacidad progresiva para protagonizar su propia vida, para tomar parte en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, y para participar en la toma de decisiones que les afecten, siendo la protección uno de los derechos que le amparan¹⁷². La tendencia de nuestros Tribunales es cada vez más tendiente al reconocer como una “vulneración del interés superior del menor” el no haber tratado a este como sujeto de derechos sino como objeto de protección¹⁷³.

Es sabido el carácter indefinido del concepto de interés superior del menor. Si bien, recae la responsabilidad en los jueces y tribunales de familia de entender la necesidad y aplicar el concepto en aras a resolver los problemas prácticos que se les presentan en el día a día. El precepto objeto de este análisis, como argumenta Ravetllat¹⁷⁴, no debe ser interpretado en una forma estática, sino que, por el contrario, debe entenderse de forma dinámica, flexible, de manera que se pueda ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es el *favor filii*. La Sentencia que más cercana al concepto, por tratarse de la Audiencia Provincial de Barcelona y, por tanto, los Tribunales más inmediatos en el ejercicio de la profesión, es la siguiente:

“[...] ni las normas internacionales ni las propias han procurado una definición del interés superior del menor que no precise de una labor suplementaria de concreción e individualización caso por caso, configurándose dicho principio, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha relacionado tradicionalmente bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales”¹⁷⁵.

¹⁷²Fiscalía General del Estado. Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. El Derecho EDD 2011/304709.

¹⁷³Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 1/2012, de 5 de enero de 2012, que establece: “Como consecuencia del alargamiento indebido de sus funciones tutelares por parte de la Administración, se ha producido una vulneración del “interés superior del menor”, que no ha sido tratada como “sujeto” de derechos sino simplemente como “objeto” de protección”.

¹⁷⁴I. Ravetllat Ballesté, “Interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Infancia, Derechos y Educación* (Murcia: Educatio Siglo XXI, vol. 30, núm. 2), 92.

¹⁷⁵Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 358/2016, de 18 de mayo de 2016.

Los sujetos que deben aplicar y poner en práctica este principio, son los progenitores quienes serán los responsables de adoptar las determinaciones que puedan afectar a sus hijos en atención al interés de los estos, siendo deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones¹⁷⁶. Si bien, pueden darse distintas situaciones cuando surgen discrepancias de pareceres en la toma de decisiones entre los progenitores y ello conduce a un procedimiento judicial, o bien desacuerdos tras la puesta en práctica de las resoluciones emanadas de un proceso contencioso. En estos casos, debe ponderarse de nuevo cuál es el interés superior del menor en el actual contexto. En este sentido, nos remitimos a la jurisprudencia que recoge que no resulta preciso que los cambios de circunstancias sean sustanciales, sino que sean ciertos e, instrumentalmente, dirigidos al interés del menor¹⁷⁷. Si bien, la doctrina es unánime en el sentido de que no debe acudir al recurso de casación como una tercera instancia en la determinación del régimen de guarda y custodia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia¹⁷⁸.

¹⁷⁶Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. *Naciones Unidas Derechos Humanos*, 2 de septiembre de 1990. Artículo 18: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

¹⁷⁷Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 211/2019, de 5 de abril de 2019 FJ 2º y Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 34/2016, de 24 de mayo de 2016. En este sentido, las sentencias que recogen “la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés superior del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio “sustancial”, pero sí cierto”:

¹⁷⁸Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 4071/2016, de 12 de julio de 2017 en su FJ 4º; Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 283/2016, de 3 de mayo de 2016, en su FJ 3º; Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 750/2015, de 30 de diciembre de 2015 en su FJ 2º.

La tercera de las características de este concepto es que el interés superior del menor se concibe como un principio de orden público, de acuerdo a nuestra legislación nacional y, en concreto, a los artículos 14¹⁷⁹, 32¹⁸⁰ y 53¹⁸¹ de la Constitución y 5¹⁸² de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tal y como manifiesta Parra Lucán, la consideración de interés superior del menor como principio de orden público tiene incidencia directa en la configuración de los principios de proceso civil, como el ámbito del principio dispositivo, la incongruencia, el principio de la justicia rogada y la actuación de oficio de los jueces y tribunales. En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina ya prevén la incorporación de la

¹⁷⁹España. Constitución Española, *op. cit.*, art. 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹⁸⁰Ibidem, art. 32: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

¹⁸¹Ibidem, art. 53: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1 a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¹⁸²España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 2 de julio de 1985, art. 5: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional. 4. En todos los casos que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

normativa internacional y, por supuesto nacional que reconoce los intereses de la infancia y consagra el principio de interés del menor como principio de orden público, garantista de los derechos de la infancia y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento y respecto de cualquier medida a adoptar en relación con un menor¹⁸³. Esto significa que el propio precepto como tal, constituye un criterio aplicable en muchos conflictos familiares. Si bien, al ser los progenitores los responsables de velar por los intereses del hijo, la primera de las opciones es dar cabida al principio de la autonomía de la voluntad entendido en el sentido de llegar a acuerdos de carácter familiar previamente a acudir a la vía contenciosa. De no ser el caso, la opción de que, de oficio, el Tribunal adopte las medidas que considere más relevantes¹⁸⁴ sin que hayan sido solicitadas por ninguno de los progenitores, resulta una buena alternativa siempre que se consideren favorables para el menor y hayan quedado debidamente motivadas por el Juzgador en su resolución. En este sentido, la jurisprudencia¹⁸⁵ es clara:

“Lo anterior determina que el principio de rogación se aplica de forma relativa a estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el artículo 91 CC, la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el art. 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni este podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia. En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud

¹⁸³Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 748/2014, de 11 de diciembre de 2014, FJ 3º.

¹⁸⁴España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889, art. 158 y Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 5686, de 21 de agosto de 2010, art. 236.3.

¹⁸⁵Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 371/2018, de 19 de junio 2018: *“Se recurre en casación la sentencia que, en juicio de divorcio, niega que la condena de alimentos a favor de las hijas menores del matrimonio produzca sus efectos desde el momento en que se formuló la demanda, conforme al art. 148.1 del Código Civil, porque: la solicitud de que se condene al pago de alimentos con carácter retroactivo no se realizó ni en la demanda que formuló el progenitor no custodio ni en la contestación a la demanda que formuló la hoy apelante, no pudiéndose deducir de la lectura de la contestación a la demanda una petición implícita de retroactividad de la pensión, no solicitándose ni siquiera medidas provisionales coetáneas”*

de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales”¹⁸⁶.

Por último, resulta imprescindible mencionar el principio de proporcionalidad que es inherente al interés superior de menor en tanto permita comprobar que la medida aplicada por el Tribunal es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto¹⁸⁷. Este principio de proporcionalidad tiene también su cabida en lo referente a los elementos que se considere respetan los derechos del menor con la finalidad de ser valorados en su conjunto y ligados al principio de necesidad, de forma que la medida que se adopte no restrinja o limite más derechos de los que ampara.

2.2.3.- Vertiente interpretativa. Incorporación al ordenamiento jurídico español.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, modificado por la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la adolescencia, establece que, a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso, se tendrán en cuenta cinco criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que pudieran estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

¹⁸⁶Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 304/2012, de 21 de mayo de 2012. FJ 3º.

¹⁸⁷Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 187/2018, de 26 de abril de 2018: *“En los supuestos en los que entren en conflicto real el interés del menor y el de la familia (es especial, el de los padres biológicos) por mantenerlo en su compañía, interés que es asimismo digno de protección, conforme a la doctrina del TC, debe prevalecer de los menores, siempre que la medida de separación adoptada supere un test de proporcionalidad, que integra un juicio sobre su idoneidad y necesidad, porque sea la más adecuada al fin pretendido y no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia, así como un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que permita comprobar que la medida aplicada es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valore en conflicto”.*

- a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
- b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*
- c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencia. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*
- d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*

Para la ponderación de estos criterios, se han de tener en cuenta los siguientes elementos generales: la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente y todos aquellos otros elementos que sean considerados pertinentes y respeten el derecho de los menores.

Las resoluciones judiciales muestran su intransigencia en los casos en los que cualquiera de estos preceptos contenidos en la ley no quede expresamente razonado y argumentado como motivo de infracción del interés superior del menor. En este sentido, la Sentencia n.º 20/2016 del Tribunal de Justicia de Cataluña¹⁸⁸, rechaza un recurso de casación al no haber, la parte recurrente,

¹⁸⁸Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 20/2016, de 4 de abril de 2016. FJ 3º. “El artículo 2 LOPJM, se ha modificado por la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y presenta hasta cinco apartados, sin que la recurrente haya expuesto en cuál de los cinco apartados refiere su vulneración”.

expuesto cuál de los cinco apartados referidos se había vulnerado. Del mismo modo ocurre en lo referente a los asuntos que llegan al Tribunal Constitucional, la mayoría de resoluciones aducen la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en tanto resoluciones inmotivadas por incongruencia y falta de motivación de las sentencias impugnadas¹⁸⁹.

La doctrina del Tribunal Supremo insiste en manifestar que, en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial. Numerosa sentencia y, en especial la STS n.º 155/2017 de 7 de marzo de 2017¹⁹⁰, hace mención a que, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre que el interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja reiterando que el interés superior del menor debe prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Siendo, cada vez más distendido en cuanto a la exigencia de algunos requisitos que se habían considerado esenciales para otorgarla como, por ejemplo, que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés superior del menor. En este sentido, la STS n.º 155/2017 de 7 de marzo de 2017, recoge que lo importante es garantizar o proteger el interés del menor, de modo que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92.8 del Código Civil¹⁹¹, han de ser interpretados con esta única finalidad.

¹⁸⁹Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 4/2001, de 15 de enero de 2001. FJ 3º.

¹⁹⁰Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 155/2017, de 7 de marzo de 2017. FJ 3º.

¹⁹¹España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 92.8: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

La STS n.º 579/2011 de 22 de julio de 2011¹⁹² y la STS n.º 578/2011 de 21 de julio de 2011¹⁹³, recogen que la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor. Exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2CE¹⁹⁴, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál es el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores.

En cuanto al reparto de los tiempos, por el contrario, el Tribunal Constitucional no se declina por un modelo de guarda en concreto sino que defiende que el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; si bien confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional¹⁹⁵.

¹⁹²Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 579/2011, de 22 de julio de 2011. FJ 2º.

¹⁹³Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 578/2011, de 21 de julio de 2011. FJ 2º.

¹⁹⁴España. Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, art. 39.2: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquier que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad” y el art. 39.3: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

¹⁹⁵Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 185/2012, de 17 de octubre de 2012. FJ 9º.

En cuanto a la patria potestad y al otorgamiento de esta a uno solo de los progenitores, el Tribunal lo considera como una medida excepcional y solo atribuible en casos extremos y mediante una resolución fundada por cuanto priva el derecho del menor a relacionarse con su familia¹⁹⁶.

En cuanto a los traslados del menor y a los repartos equitativos a los progenitores, la doctrina y en especial, la STS n.º 664/2015 de 19 de noviembre de 2015¹⁹⁷, es proclive a establecer un reparto equitativo de cargas de forma que, en aras al interés superior del menor, no se dificulte la relación con cada uno de sus progenitores. En cuanto a la doctrina jurisprudencial relativa al cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio, podrá ser autorizado únicamente en beneficio del interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él¹⁹⁸.

2.3.- Efecto en España del derecho internacional relativo a la protección del menor.

A continuación, se expondrá cómo aplicar la norma de derecho internacional o de derecho de la Unión Europea al ordenamiento jurídico español. Resulta de especial importancia destacar si se debe hacer algún paso previo para que dicha legislación pueda aplicarse libremente en España o, por el contrario, la norma entra a formar parte del ordenamiento jurídico español de forma automática.

¹⁹⁶Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 514/2019, de 1 de octubre de 2019. FJ 1º; Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 321/2015, de 18 de junio de 2015. FJ 2º; Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 319/2016, de 13 de mayo de 2016. FJ 7º.

¹⁹⁷Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 664/2015, de 19 de noviembre de 2015. FJ 4º.

¹⁹⁸Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 536/2014, de 20 de octubre de 2014. FJ 2º, y Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 400/2018, de 27 de junio de 2018. FJ 2º.

2.3.1.- España y la recepción de normas internacionales.

Las relaciones internacionales forman parte de unas de las competencias exclusivas de los estados, son los titulares encargados de asumir esas obligaciones mediante la firma de tratados internacionales, por lo tanto, no a ninguna organización territorial administrativa en que se pueda organizar el Estado. Sí que podría corresponder a una organización territorial administrativa como las Comunidades Autónomas la aplicabilidad y ejecución de dichos tratados¹⁹⁹.

La recepción de los Tratados Internacionales en España se encuentra regularizado en la Constitución Española en el Título III de las Cortes Generales, Capítulo Tercero de los Tratados Internacionales, dónde dedica del artículo 93 al 96 específicamente a esa materia. Así mismo, encontramos también regulación de como procederá a llevarse a cabo la recepción en el Código Civil y en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en el Título II de los tratados internacionales, Capítulo IV de la aplicación e interpretación de los tratados internacionales.

El artículo 96 de la CE fija en el primer apartado que “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”²⁰⁰.

En relación con el Código Civil Español, en el artículo 1 en el quinto apartado dispone que “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte

¹⁹⁹B. Rodríguez Díaz, “La relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno”, en *Apuntes de Derecho Internacional Público* (Madrid: Dykinson, 2016), 110-119.

²⁰⁰España. Constitución Española, *op. cit.*

del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado²⁰¹”.

En el mismo sentido, de regulación de la recepción de los tratados internacionales a España, la ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, el objeto de la misma²⁰² es regular la celebración y aplicación de los tratados internacionales por parte de España. En el artículo 28 de la presente ley, en relación con la eficacia, fija que cuando el tratado internacional se haya celebrado válidamente y publicado de manera oficial en el BOE, empezará a producir efectos a partir de la fecha que o bien el tratado establezca, o bien desde la fecha de su entrada en vigor. Siguiendo en el artículo 30 que habla de la ejecución de los tratados, promulga que serán de aplicación directa los tratados, con la excepción de si del mismo se desprendiera otra cosa, como que la aplicación queda condicionada a la aprobación de alguna ley o disposición reglamentaria. Será obligación de tanto por parte del gobierno, como por parte de las Comunidades Autónomas, adoptar las medidas necesarias para la ejecución de los tratados.

Se entiende que la recepción del tratado internacional en el ordenamiento jurídico español es de forma inmediata, es decir, tiene una aplicación directa, una vez se ha publicado en el BOE. Se trataría de la incorporación legislativa ad hoc de las normas internacionales. En este caso las normas internacionales una vez son publicadas en el BOE pasan a formar parte del derecho interno²⁰³.

Independientemente de este hecho anterior, hay veces que, aunque sea de aplicación inminente²⁰⁴, será necesaria la aprobación de normativa interna para

²⁰¹España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 1.5.

²⁰²España. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 288, de 28 de noviembre del 2014, art. 1.

²⁰³A. Mangas Martín, “La Constitución y el Derecho comunitario”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998), 160-197.

²⁰⁴Es decir, que no sea necesaria la transposición de la ley en el ordenamiento jurídico español para poder aplicarla, es de aplicación automática.

la ejecución de los tratados. Se trata de la denominada incorporación automática y permanente. Esto sucede sin intervenir la aprobación de una ley nacional para que apruebe las normas internacionales, sencillamente se establece que las autoridades y personas dentro del estado quedarán vinculadas por esa normativa de derecho internacional. Este mecanismo no implica acción por parte del estado receptor de la norma de carácter internacional, el ordenamiento nacional se adapta y continua sin alteración alguna, aunque ahora sometidos a esa normativa internacional. Si en algún punto se efectúa algún cambio de contenido de la legislación o alguna modificación de esa norma internacional, automáticamente la reforma deberá de publicarse mediante enmiendas en los tratados, y aplicarse del mismo modo que el texto en sí.

España quedará obligada desde la entrada en vigor del tratado²⁰⁵, siendo por lo tanto plenamente eficaces en el derecho interno una vez se hayan publicado oficialmente, no pudiendo alegar como justificación del incumplimiento del mismo la falta de publicación, la entrada en vigor debe llevarse a cabo de forma simultánea con la publicación. La entrada en vigor de los tratados se hará según lo que hayan establecido las partes negociadoras, respecto a la voluntad de las partes negociadoras, pero si las mismas no se pronuncian, el tratado entrará en vigor según lo que establece residualmente el artículo 24.1 de la Convención de Viena²⁰⁶ pronunciado que el texto entrará en vigor²⁰⁷, pero, si los negociadores no llegasen a pronunciarse al respecto, la vigencia del tratado empezará a contar tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado²⁰⁸.

²⁰⁵Entendemos por entrada en vigor el momento en el que el tratado adquiere plena eficacia jurídica, que pasa a ser obligatorio y susceptible de aplicación, es el momento en que comienza su vigencia.

²⁰⁶La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969. El fin de la misma fue codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados, el *ius cogens*, las disposiciones del mismo serán aplicables a tratados entre estados de forma escrita.

²⁰⁷E. Denza, "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas", United Nations Audiovisual Library of International Law: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_s.pdf

²⁰⁸Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Naciones Unidas: <Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) - dipublico.org>

Los tratados internacionales forman parte del derecho interno español cuando entran en vigor en España, pero la Constitución, de forma directa, no declara la primacía del derecho internacional. No obstante, queda prevista esta primacía en el artículo 96.1 de la CE²⁰⁹ dónde se fija el hecho de que cualquier disposición de un tratado tan solo podrá ser alterada de cualquier forma, ya sea con su modificación o su suspensión, en tanto y cuanto el mismo tratado lo prevea, entendiéndolo como una forma de unilateralidad, tan solo el mismo tratado puede prever una modificación, derogación o suspensión.

2.3.2.- Normativa de la Unión Europea y su incorporación en el Derecho Español.

Con la misión de crear una normativa comunitaria, los Estados miembros se desprenden de parte de su soberanía, del ejercicio de poderes soberanos y ceden funciones y competencias a la organización internacional denominada Unión Europea. La Unión Europea como organización internacional no posee competencias originarias propias, al no ser un estado no puede tener competencias generales, sino que, en efecto, las mismas, proceden de la cesión por parte de los Estados miembros de su propia soberanía y se la atribuyen a la par que alcance los objetivos asignados, entendiéndose así que la UE solo podrá actuar dentro de los límites de esas competencias conferidas en el tratado constitucional²¹⁰.

En contraposición, se debe entender que las competencias que no hayan sido cedidas o atribuidas a la mencionada organización internacional corresponderán a los estados miembros, todo lo que no quede regulado en el tratado constitucional como cedido, permanecerá bajo la soberanía nacional del Estado.

²⁰⁹“Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

²¹⁰Aunque se denomine constitución, no altera el origen de dónde provienen las competencias, las instituciones europeas no tienen las competencias definidas por una constitución, sino que en el tratado constitucional se fijan las atribuciones competenciales que hacen los estados miembros, se establecen las competencias que se confieren.

La cesión normativa de materias por parte de los estados a la UE implica una pérdida total de potestad en ese ámbito, ya que deberemos atender a la primacía del derecho comunitario como uno de los principios fundamentales, en el caso de contradicción entre una norma comunitaria y una norma nacional, siempre debe prevalecer la comunitaria por encima de la nacional²¹¹.

El principio de primacía de la UE proviene de una sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de julio de 1964²¹², el caso Costa contra ENEL (*Ente Nazionale Energia Elettrica*). En la misma, el tribunal falla y acaba creándose doctrina al respecto, conforme que la limitación de soberanía de los estados sufrida se lleva a cabo mediante la atribución del ejercicio de competencias a la comunidad, lo que conlleva que el derecho comunitario tiene fuerza vinculante y el mismo deberá prevalecer sobre la legislación interna. De esta manera, la autonomía y primacía del Derecho comunitario prevalecen, tanto con normas de derecho originario, como de derecho derivado. En el mismo sentido destaca la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004²¹³ porque también establece la primacía del derecho comunitario.

Las competencias transferidas a la UE son títulos concretos, con una base jurídica específica, no como las competencias estatales en tanto y categorizaciones abstractas que la CE puede atribuir a una comunidad autónoma, sino que son competencias expresamente delimitadas y encaradas a poder cumplir con los objetivos previstos²¹⁴. Con esta cesión de competencias la

²¹¹García-Trevijano Garnica, "Sobre la incorporación del derecho comunitario en el derecho interno: una visión práctica", *Revista de instituciones europeas*, vol. 20, núm. 1 (1993), 195- 226.

²¹²Tribunal de Justicia de Italia. Sentencia 6/64, de 15 de julio de 1964. Disponible: EUR-Lex - 61964CJ0006 - ES - EUR-Lex (europa.eu)

²¹³Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 diciembre de 2004. Requerimiento 66.33-2004. Formulado por le Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-66, II-111 y II-112 del Tratado por le que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Primacía del Derecho comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Votos particulares. *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de enero de 2005, núm. 3, pp. 5 a 21.

²¹⁴A. Mangas Martín, "Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado Constitucional de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 57 (2005), 49-74.

Unión Europea es capaz de legislar en todas esas materias que tiene potestad para hacerlo, y una vez tengamos esas disposiciones comunitarias, dictadas por las diferentes instituciones comunitarias, el Estado y sus instituciones serán las responsables de ponerlas en práctica y que tengan operatividad.

En la Unión Europea se destaca, por un lado, el derecho originario o primario, del cual forman parte los tratados constitutivos de la organización internacional en un sentido amplio, es decir tanto los de creación, como los de reforma, como las distintas adhesiones que se han ido produciendo, entendiendo el origen de toda esta legislación en los tratados. Y, por otro lado, el derecho derivado²¹⁵, el que comprende normas y actos comunitarios desprendidos de las instituciones europeas, está integrado por reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones, actos delegados, dictámenes y actos de ejecución²¹⁶.

Cuando se habla de normativa de la Unión Europea²¹⁷, su aplicación, tanto los reglamentos como las decisiones adquieren carácter vinculante a partir de la fecha de la entrada en vigor en todo el territorio de la Unión Europea y serán los estados, las autoridades nacionales, las que deberán velar por su correcta aplicación.

En lo que concierne a las directivas, estas tendrán que incorporarse a la legislación nacional de los estados miembros. Cada directiva lleva aparejada el señalamiento de un plazo para que los estados la incorporen en su legislación nacional, posteriormente deberán informar a la Comisión²¹⁸. El plazo habitualmente supone un problema en todas aquellas materias que en el derecho español están sometidas a reserva de ley, atendiendo a la tardanza del desarrollo del proceso legislativo, resulta de difícil aplicación la sujeción a los

²¹⁵Un ejemplo serían las directivas, normas comunitarias que tienen como función implicar las instancias nacionales para encarar el ordenamiento jurídico nacional hacia un fin concreto, las mismas suelen tener como destinatarios los estados miembros.

²¹⁶Comisión Europea, "Tipos de Derecho de la UE": https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_es

²¹⁷Cuando se habla de leyes aplicables en el marco de la Unión Europea.

²¹⁸Comisión Europea, "Aplica la legislación de la UE": <Aplicar la legislación de la UE | Comisión Europea (europa.eu)>

plazos²¹⁹. La directiva obliga a los estados destinatarios a aplicarla y conseguir el fin que persigue la misma, pero se les atribuye la libertad de elección del acto jurídico de conversión.

El procedimiento interno de aproximación de incorporación de las disposiciones de la directiva puede llegar a ser complejo, pero no debe perderse la finalidad de este, que es conseguir una correcta elaboración de la transposición de la norma para formalizar el principio de seguridad jurídica, y no provocar una confusión legislativa llegando a crear una vulneración del ordenamiento de la UE.

La función de la Comisión es la supervisión de que se está llevando a cabo una correcta aplicación de las disposiciones de la directiva europea y, además de la función supervisora, tiene también el besante de asistencia, en la que se encarga de proporcionar información orientativa y planes de aplicación para cumplir con dicha función²²⁰. Así mismo, intervendrá en los casos en que o bien haya una incorrecta aplicación de la normativa, o bien no se incorpore la directiva en la legislación nacional de manera plena en el plazo establecido.

Independientemente de la necesidad de la transposición de la directiva, se deberá atender a las circunstancias de cada una; tenerse en cuenta si se trata de una materia que se debe regular *ex novo*, por lo tanto, dictar una disposición completa de la directiva, o bien si el estado tuviera previamente una normativa interna vigente que contuviera esa materia, deberá tan solo transponerse la parte de la directiva necesaria.

²¹⁹M. Pacheco Gallardo, “Proceso de transposición de Directivas”, Noticias Jurídicas: <Proceso de transposición de Directivas · Noticias Jurídicas (juridicas.com)>

²²⁰Communication from the Commission – EU law: Better results through better application. 2017/C 18/02); <EUR-Lex - 52017XC0119(01) - ES - EUR-Lex (europa.eu)> [Consultado en fecha 5 de julio de 2022].

3.- PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

Este capítulo se centra en el establecimiento del marco teórico internacional de la evolución normativa de la protección al menor. A continuación, se ampliará este aspecto al ámbito internacional a través de las distintas herramientas normativas existentes a nivel internacional y también de la Unión Europea. En el mismo sentido, se han incluido referencias jurisprudenciales derivadas de los textos normativos y cómo los mismos se han aplicado en España.

3.1.- Consideración desde el derecho público.

A continuación, se desarrolla la evolución normativa y la realidad actual de la protección del menor dentro del ámbito del derecho público, teniendo en cuenta la mayor organización internacional existente creada para mantener la paz y la seguridad internacional, y la comunidad política constituida en régimen de organización internacional nacida para propiciar la integración y gobernanza de Estados y pueblos de Europa. Se han escogido ambas porque España es estado miembro en las dos.

3.1.1.- Naciones Unidas.

Anteriormente no se reconocían derechos a los menores ya que se entendía que estaban sometidos a los adultos²²¹. El primer paso hacia la voluntad de proteger el menor es a partir de la adopción de la Declaración de Ginebra por parte de la Sociedad de Naciones²²².

La Sociedad de las Naciones, fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919, con el fin de promover la

²²¹J. L. Escudero Lucas, "La protección del menor por la Entidad Pública", *Revista General de Derecho* 637 (1997), 12099-16.

²²²Humanium. "Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño, 1924": <Presentación de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924 - Humanium>

cooperación internacional y lograr paz y seguridad. El proyecto de la sociedad de naciones fracasó con la Primera Guerra Mundial²²³, aunque la misma fue la precursora²²⁴ de las Naciones Unidas.

La Declaración de Ginebra, de 24 de septiembre de 1924²²⁵ contiene una referencia directa que se encara hacia al desarrollo integral de la personalidad del menor, todo ello con anterioridad a las Naciones Unidas. Estableciendo así que la “humanidad debe al niño lo mejor que esta puede darle”. Lo que hace es establecer en cinco puntos los principios inspiradores y básicos en que debe basarse la protección a la infancia, centrándose en; el bienestar, el desarrollo, la asistencia, el socorro y la protección del menor.

Este texto reconoció y afirmó, por primera vez, la existencia de derechos específicamente para los menores, siendo que la intención no era acotar y fijar esos derechos, sino poner el punto de mira en las responsabilidades y deberes de los adultos hacia los niños y niñas.

Los estados firmantes de la presente declaración hicieron la promesa de incorporar todos los derechos y deberes en la legislación interna, pero eso no los vinculaba jurídicamente. De todos modos, se puede afirmar que la Declaración de Ginebra fue el primer texto internacional que específicamente trata de los derechos de la niñez.

La Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), es una organización internacional que se creó para mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar las relaciones entre naciones, realizar cooperación internacional en la solución de problemas internacionales y servir como órgano

²²³Muñoz Fernández V. (2012) La Sociedad de Naciones, el embrión de la ONU. [en línea] Disponible en: <La Sociedad de Naciones, el embrión de la ONU (redhistoria.com)> (Consultado en fecha 16 de junio de 2022).

²²⁴Naciones Unidas. “Paz, dignidad e igualdad en un plantea sano. Precursora: La Sociedad de las Naciones”: <Precursora: La Sociedad de las Naciones | Naciones Unidas>.

²²⁵*Ut supra*. Ver epígrafe 2.1.1 del presente capítulo sobre *Situación previa y necesidad de reglamentación. Declaración de Ginebra 1924*.

armonizador de los esfuerzos de las naciones para alcanzar propósitos comunes²²⁶. Se rige por la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945, contando con 51 países y actualmente conformándolo 193 Estados miembros, además de dos estados que no son miembros; Palestina y la Santa Sede²²⁷.

El siguiente paso hacia la evolución de la protección del derecho del menor se da por parte de la ONU, la denominada Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en París el 10 de diciembre de 1948, que establece los derechos humanos fundamentales que deben salvaguardarse²²⁸. En materia de menores, en el artículo 25 se fija que tendrán derecho a cuidados y asistencia especiales la maternidad y la infancia y que todos los niños tienen derecho a igual protección social, independientemente si han nacido dentro o fuera del matrimonio. De igual forma en el siguiente artículo 26 de la misma declaración, se establece el derecho a la educación con el objetivo de que haya un pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto y de los derechos humanos.

En el mismo camino de mayor protección del menor va encarado el siguiente texto normativo, en el que se habla por primera vez de derechos del niño. En este aparecen diez principios básicos²²⁹, conformados como los derechos del menor, entre los cuales se enfatiza el hecho que se deba proteger con especial insistencia la personalidad, que la misma debe encuadrarse en la importancia de

²²⁶Carta de las Naciones Unidas, *op. cit.*, art. 1

²²⁷A. Funes, “¿Cuántos países hay en el mundo?”, *El español* (2020):<¿Cuántos países hay en el mundo? (elespanol.com)>

²²⁸Naciones Unidas, La Declaración Universal de Derechos Humanos: <La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas>

²²⁹Los diez principios básicos que fija son los derechos a la igualdad, sin distinción o discriminación por ningún motivo, a una protección especial para desarrollarse de forma saludable en todos sus aspectos y atendiendo a la consideración del interés superior del niño, a un nombre y una nacionalidad, a obtener los beneficios de la seguridad social y una vivienda y alimentación, a la educación gratuita y posibilidad de acceder a actividades recreativas, a la obtención de amor y comprensión por parte de los padres y de la sociedad, a recibir ayuda en cualquier circunstancia, a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y a ser criado con tolerancia, amistad entre todos los pueblos y hermandad universal.

lo que simboliza el hogar y la familia, con plena aplicabilidad de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

En el preámbulo se resalta la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial para tener una infancia feliz y poder gozar de esos derechos y libertades de conformidad con los diez principios básicos mencionados. Las mismas premisas en las que se substanció la Declaración de Ginebra²³⁰, son las que se utilizaron para la mencionada Declaración de los Derechos del Niño de 1959²³¹.

El instrumento con más peso y que actualmente sigue siendo la base que se utiliza, es la Convención de los derechos del niño, que fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 y a la que se ha hecho mención en preceptos anteriores. Esta no trata de remplazar la anterior declaración, la función es la de completar los derechos que ya están establecidos. En esta última Convención se reconoce a los niños como agentes sociales, económicos, políticos, civiles, culturales, y les garantiza a los menores unas normas mínimas para proteger los derechos de los niños ante cualquier circunstancia, así mismo reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. A través de sus 54 artículos, otorgar derechos civiles y políticos al menor, además, un aspecto a tener en consideración respecto a la protección que hasta ahora se estaba llevando a cabo es que, a partir de este momento al menor se le da el poder de que se le reconozca que puede tener una capacidad progresiva para ser finalmente un sujeto pleno de derechos. Se establecen en ella los derechos inalienables de todos los niños y niñas. Este tratado internacional en concreto está ratificado por 195 países²³², siendo el tratado más ratificado de la historia, el cual los estados están obligados a respetarlo y hacerlo cumplir.

²³⁰“La humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

²³¹Humanium, “Derecho del niño”: <Derechos del niño - Humanium> [Accedido el 18 de junio de 2022]. Ni la Declaración de Ginebra ni la Declaración de los Derechos del niño definen el período que comprende la infancia (la edad de cuándo empieza y termina).

²³²Estados Unidos no ha ratificado la Convención.

Con este último instrumento normativo, el tratado internacional sobre los derechos de los niños, fija estos tienen los mismos derechos que los adultos, en virtud de esta norma hay un firme compromiso de adecuar por parte de los estados firmantes el marco normativo conforme los principios de la Convención. Los fundamentos principales en los que se basa son la primacía del interés superior del menor, la garantía de la supervivencia, un desarrollo pleno, la no discriminación y la participación infantil²³³.

Posteriormente, la Convención se ha ido completando con distintos protocolos, con la función de dar una salvaguarda mayor a todos los menores, además de establecer un órgano para evaluar el seguimiento y el cumplimiento de la Convención por parte de los estados. Los estados, para informar del cumplimiento de esta, deben ir presentando informes dónde explican las medidas que adoptan para hacer cumplir aquello establecido en el tratado, y de ahí el Comité, que es el órgano encargado, elabora observaciones para que los países sepan interpretar y aplicar correctamente todos los derechos de los menores.

Por lo tanto, sí que se ha experimentado una evolución visible desde el inicio dónde no había un instrumento normativo que protegiese a los menores, empezando con un primer paso estableciendo cinco puntos por parte de la Declaración de Ginebra y llegando a la cúspide con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Tras este último texto al que se ha hecho referencia, se ha ido creando legislación y jurisprudencia alrededor de los criterios básicos que deben seguirse al hablar de protección del menor. En consecuencia, esa norma no es el final, sino el principio de la etapa en la que estamos situados ahora, que lo que busca es la protección del menor y la salvaguarda del interés superior del mismo.

²³³ Save the Children, “Convención sobre los Derechos del Niño”: <Convención sobre los Derechos del Niño: 4 claves (savethechildren.es)>

En el año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos protocolos en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 para obligar a todos los estados parte a que tomaran medidas para proteger verdaderamente a los menores que se encontraban en ciertas situaciones, y en el mismo sentido, en el 2002, durante un período extraordinario de sesiones, se aprobó un programa denominado “Un Mundo Apropiado para los Niños” con la función de describir objetivos concretos en los que se debe mejorar para poder garantizar la protección de los niños²³⁴.

3.1.2.- Unión Europea.

La Unión Europea está conformada por una serie de tratados constitutivos que han permitido el desarrollo de normativa europea²³⁵. El denominado Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, puede conocerse también como el Tratado de la Unión Europea, que juntamente con el Tratado de Funcionamiento son los dos tratados fundacionales de la Unión Europea. Podríamos entender el Tratado de Maastricht como el desenlace normativo al que todos los estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE), quedan vinculados, aquellos que ya han firmado y los que a posteriori firmaran el mismo.

Hasta la fecha, los tratados que estaban vigentes para los estados que conformaban la comunidad europea eran tratados meramente económicos. Dichos tratados implicaban una integración teniendo en cuenta, únicamente, la vertiente económica. Los tres tratados anteriores son los que posteriormente se convertirían en lo que hoy en día conocemos como la Unión Europea, y son los referidos a la energía atómica, el carbón y el acero y una comunidad económica europea.

²³⁴Unicef, “Historia de los derechos del niño. Las normas internacionales avanzaron notablemente durante el siglo pasado”: < Historia de los derechos del niño | UNICEF>

²³⁵M. M. Sánchez Gutiérrez, “Antecedentes y evolución de la Unión Europea”, en *Lecciones básicas de derecho e instituciones de la Unión Europea* (Extremadura: Ed. Universidad de Extremadura, 2015), 25-36.

El Tratado de Maastricht se considera fundamental al constituirse como la piedra angular en el proceso de integración de la Unión Europea, llega más lejos, nos lleva hacia una integración más uniforme, añade la dimensión política y jurídica juntamente. Con este tratado se añadieron los asuntos de justicia e interior y política exterior y seguridad común²³⁶. Por un lado, introdujo la ciudadanía europea permitiendo la libre circulación y facilitando así, la residencia en cualquiera de los Estados Miembros. Además, estableció una política exterior y de seguridad común con la finalidad de defender valores e intereses comunes. Por otro lado, desarrolló una estrecha cooperación en materia de justicia y asuntos de interior con el objetivo claro de garantizar la seguridad y la protección de todos los ciudadanos europeos. Fue también el que allanó el terreno para la creación de una moneda única, el euro, estableciendo reglas de funcionamiento y condiciones para incorporarse en el funcionamiento de dicha moneda. El tratado en las disposiciones comunes en el artículo F.2²³⁷ fija que la Unión Europea respetará los derechos fundamentales²³⁸.

En este momento, con la firma y entrada en vigor del Tratado de Maastricht²³⁹, la legislación que se encuentra en materia de menores no resulta especialmente destacable pues la mayor parte de la normativa se orienta a cuestiones concretas relacionadas con iniciativas políticas y económicas o de protección del

²³⁶Software DELSOL, "Tratado de Maastricht": < Tratado de Maastricht ¿En qué consiste? (sdelsol.com)>.

²³⁷E. García de Enterría, "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1 (1993), 473-480.

²³⁸Tal y como los garantiza tanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, acogiéndose a los mismos como principios generales del derecho comunitario. Respecto a la protección de los menores en este tratado, se establece la aplicación del CEDH a los ciudadanos europeos, no otorgando más relevancia al asunto a lo largo de la redacción del Tratado de Maastricht. El protocolo número 8 es el que establece ciertas disposiciones en relación a la adhesión que hace la Unión Europea en el Tratado de Maastricht. El Convenio Europeo de Derechos Humanos está conformado por dos derechos a los que se debe hacer mención, habida cuenta que tienen en consideración la figura del menor en los procedimientos y que fijan cierta protección en relación a la misma. Los artículos a los que se debe prestar atención son el artículo 6 y el artículo 8.

²³⁹Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, *Diario Oficial n° C191*, de 29 de julio de 1992, pp. 0001-0110.

consumidor siendo que los menores pueden quedar incluidos, pero no hacen referencia exclusiva a la protección de estos.

Los derechos de los menores y su protección se abordan específicamente en el año 2000 con la introducción de la ya mencionada, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, pudiendo destacarse como el primer paso hacia esa protección de los menores. Posteriormente, en 2009 se llevó a cabo el Tratado de Lisboa, al que más adelante se hará referencia, y que se equipara jurídicamente a los tratados de la UE.

El mencionado tratado ha sufrido a lo largo del tiempo tres modificaciones, la de Ámsterdam, la de Niza y finalmente la de Lisboa. En la primera modificación se incluyeron los conceptos de cooperación reforzada, que permitieron seguir avanzando sin necesitar que otros países debieran dar el visto bueno e instauró un espacio de libertad, seguridad y justicia tanto dentro como fuera de las fronteras de la Unión Europea. En el caso de la segunda modificación, se reformaron las instituciones para poder añadir países dentro de la Unión Europea, con la ampliación gigante de estados miembros, siendo necesaria una red de instituciones más completas y fuertes y eso es lo que el Tratado de Niza introdujo. Por último, la modificación que realizó el Tratado de Lisboa extendió tanto los principios democráticos como la acción exterior, pudiendo regular mediante los artículos de forma más concreta los conceptos a los que se acaba de hacer referencia, convirtiéndose así en un tratado constitutivo.

Un hito importante anterior al tratado de Lisboa, y siguiendo la parte normativa de tratados de derecho público para la protección del menor, fue la introducción en el año 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Resulta relevante destacar esta carta porque posteriormente se verá que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la carta adquiere una mayor posición dentro del entramado de la legislación existente del ordenamiento jurídico europeo.

El Tratado de Lisboa modifica los dos tratados que conforman la base legislativa de la Unión Europea, siendo que este tratado modifica tanto el Tratado de la

Unión Europea como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se firmó en Lisboa, Portugal, el 13 de diciembre de 2007 por los Estados Miembros de la UE. La importancia del mismo recae en que mejoró el funcionamiento de la UE atribuyendo nuevas competencias legislativas al Parlamento Europeo, más de cuarenta, además la UE adquirió personalidad jurídica y a partir de aquí tuvo la potestad de poder firmar acuerdos a nivel comunitario, creándose figuras nuevas para dotar de mayor coherencia y continuidad las políticas marcadas, además de crear el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁴⁰.

Con este tratado se aumentó la capacidad de la UE y del Parlamento para actuar y pronunciarse, concediéndose al Parlamento las mismas competencias que ya tenía el Consejo y atribuyéndosele la figura de guardián de la Carta de los Derechos Fundamentales, pero además fue importante la voz que le dio a la ciudadanía; el Parlamento es el encargado de exigir al resto de instituciones europeas que rindan cuentas, tiene la competencia de exigir responsabilidad, dando a los ciudadanos la posibilidad de solicitar nuevas propuestas políticas y que estas sean valoradas en el caso de que llegasen a la firma de la petición un millón de personas.

En el artículo segundo del Tratado de Lisboa en su apartado tercero establece que la Unión fomentará la protección de los derechos del niño, es decir, en este texto legislativo ya específicamente no nos remite a otras leyes, sino que la misma fija una protección encarada a salvaguardar el interés del menor y a protegerlo. En el mismo sentido, en el apartado quinto de nuevo hace mención del mismo atribuyendo a la UE que en sus relaciones con el resto del mundo afirmará, promoverá y protegerá los derechos humanos, pero de forma particular y concreta los derechos del niño, así como todos los principios que fije la Carta de Naciones Unidas.

En el mismo ámbito, en el artículo 63 bis hace mención de la política común que desarrollará la UE destinada a garantizar ciertos derechos que en el apartado

²⁴⁰Parlamento Europeo, “El PE después del Tratado de Lisboa: un papel más importante en la construcción de Europa”: <El Tratado de Lisboa (europa.eu)>

segundo letra d, clarifica el progreso normativo relacionándolo con la lucha contra la trata de niños.

Por lo anterior, a nivel de evolución del menor resulta visible una transformación clara si tomamos de referencia el Tratado de Maastricht, puesto que ya no solo se somete a lo que pueda prever el Convenio Europeo de Derechos Humanos al respecto, sino que el Tratado de Lisboa²⁴¹ establece y fija de forma concreta, unas bases respecto a la salvaguarda y a la protección de los derechos del niño, haciendo hincapié en que los mismos no serán vulnerados y que la UE combatirá su no protección tanto en los estados miembros como en todas aquellas relaciones que establezca con otros países.

Des de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y como se ha mencionado sucintamente, la Carta goza de un estatus jurídico equiparable al de los tratados de la Unión Europea, habida cuenta que obliga a los estados miembros y a la UE a proteger los derechos que se consagran en la Carta cuando es de aplicación el derecho de la UE.

El tratado introdujo importantes modificaciones institucionales, procedimentales y constitucionales en la UE, y las mismas llevaron a que la UE tuviera una capacidad mayor para promover los derechos del niño. Además, siguiendo este aumento de capacidad por parte de la UE, en relación con el Tratado de Funcionamiento de la UE, las modificaciones del Tratado de Lisboa introdujeron referencias más explícitas a los niños, que ayudaron a poder adoptar medidas legislativas contra la explotación sexual y la trata de personas. Todas estas innovaciones dan lugar a la adopción de directivas²⁴² encaradas a proteger los derechos de los niños.

²⁴¹E. Pavy, "El Parlamento Europeo. El Tratado de Lisboa": <El Tratado de Lisboa | Fichas temáticas sobre la Unión Europea | Parlamento Europeo (europa.eu)>

²⁴² Directivas de lucha contra los abusos sexuales, explotación sexual de los menores, pornografía infantil, y disposiciones relativas a las necesidades de víctimas menores. Las directivas que se han adoptado gracias a esta ampliación de facultades son; la directiva 2011/93/UE relativa contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, la directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y la directiva

En el mismo sentido, el Consejo de la UE pudo ser capaz de adoptar orientaciones en la UE en materia de promoción y protección de derechos del menor, y por parte de otras instituciones europeas quedó marcado con la adopción por cada una de ellas de distintos mecanismos pro derechos de los niños para establecer prioridades en el desarrollo de la legislación y la política sobre los derechos de los niños en todo el marco de los estados miembros de la UE.

La Unión Europea solo puede legislar en aquellas materias en que los estados miembros le han cedido y atribuido competencia para hacerlo. Los derechos del niño al tratarse de una materia transversal, debe estar presente en todas aquellas decisiones que se tomen, no siendo una materia en sí cedida, independiente debiendo determinarse, específicamente, cada caso concreto.

3.2.- Evolución de la protección del menor en el ámbito privado.

Hasta el momento, se ha hecho mención de la protección del menor en el ámbito internacional público, enfatizando los derechos de los menores y la forma de salvaguardarlos. En el siguiente punto se enfoca dicha evolución en la esfera del derecho internacional privado, los instrumentos que se han ido creando y firmando, así como un seguido de referencias jurisprudenciales de los Tribunales aplicando dichos mecanismos. Todo ello enfocado en convenios y herramientas internacionales en los que participan o bien España o bien Argentina.

3.2.1.- Conferencia de la Haya.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial. Su objetivo radica en la unificación progresiva de las reglas de derecho internacional privado, tendiendo

2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

puentes entre los distintos sistemas jurídicos. Cuenta con 85 Miembros (91 Estados y la Unión Europea) que trabajan conjuntamente²⁴³ con la finalidad de elaborar instrumentos jurídicos multilaterales que respondan a las necesidades mundiales, garantizando así su seguimiento. Un total de 150 países participa en los trabajos de la Conferencia. Desde 1893 hasta 1904, la Conferencia adoptó siete Convenios internacionales que, posteriormente se han ido substituyendo y modernizando de acuerdo con la evolución y necesidades de la sociedad. Entre 1951 y 2008, fueron adoptados 38 Convenios internacionales²⁴⁴.

España forma parte de la Red Internacional de Jueces de La Haya. La Red cuenta en este momento con 57 jueces formalmente designados por 39 países de todo el mundo. La utilidad y resultados prácticos de la Red son cada vez mayores por lo que se deja constancia de su existencia y puesta a disposición de todos los operadores jurídicos en el marco de la Conferencia de La Haya²⁴⁵.

Desde la creación de la Conferencia, se ha otorgado especial interés a las materias relacionadas con la persona y las familias en el sentido de considerar que se trata de ámbitos que merecen de una especial consideración y protección. De los textos normativos elaborados al inicio, actualmente se dispone de regulación revisada y transformada de acuerdo con los tiempos y a la sociedad actual.

En este sentido, la Dra. Borràs²⁴⁶ expone que, actualmente, la Conferencia se está preocupando más por la aplicación de los convenios existentes, que por la

²⁴³La organización se reúne cada cuatro años en Sesión Plenaria para negociar y adoptar convenios. Las Comisiones Especiales o grupos de trabajo son quienes preparan los convenios que se reúnen en el Palacio de la Paz de la Haya.

²⁴⁴Hague Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé [en línea] disponible en: <<https://www.hcch.net/es/home>> Según datos de la página oficial de La Haya, los Convenios que han recibido un mayor número de ratificaciones son los que se ocupan de: la supresión de la exigencia de legalización (Apostilla), notificación y traslado de documentos, obtención de pruebas en el extranjero, acceso a la justicia, sustracción internacional de niños, adopción internacional, conflictos de leyes sobre la forma de las disposiciones testamentarias, obligaciones alimenticias y reconocimiento de divorcios.

²⁴⁵“VII Jornadas de Jueces de Familia, de incapacidades y Tutelas”, *Revista de derecho procesal civil y mercantil* 83 (2011).

²⁴⁶A. Borràs, “La conferencia de la haya de derecho internacional privado: Pasado, presente y futuro”, *Revista Española de Derecho Internacional* 71, núm. 2 (2019), 23-26.

elaboración de nuevos textos legales. Literalmente recoge que la Conferencia de La Haya pasa de ser una “fábrica de Convenios” a “niñera de Convenios” y ello debido a la preparación de informes, conclusiones y recomendaciones como instrumentos que tienen como objetivo mejorar la aplicación de los Convenios²⁴⁷. Además de otros textos de ayuda como son las Guías de buenas prácticas, los códigos de buena conducta y las recomendaciones que complementan el texto principal de carácter normativo.

3.2.1.1.- *Los Convenios de la Haya sobre los derechos del niño.*

A medida que las relaciones interpersonales se han ido internacionalizando, la problemática en el seno familiar con respecto a los divorcios y a las responsabilidades parentales ha creado la necesidad de dar cabida a un ordenamiento internacional que debe ponderarse por encima de la jerarquía normativa nacional. Si bien, internamente, surgen conflictos de conexión entre los diferentes Convenios a la hora de articularlos entre sí. Debido a lo extenso que sería realizar un análisis completo de cada uno de ellos, se citan a continuación, siguiendo la selección en materia de familia que interesa en cuanto al tema tratado:

En cuanto a los actuales Convenios relativos a la protección de menores:

- Convenio n.º X de La Haya sobre competencia de las autoridades y de la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961²⁴⁸, que tiene como fin su aplicabilidad a los conflictos de leyes sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores. Los Estados contratantes podrán reservarse la limitación de aplicar del presente convenio a los menores que posean la nacionalidad

²⁴⁷Se organizan Comisiones Especiales para examinar el funcionamiento de los convenios y adoptar las mejoras consideradas convenientes a través de los instrumentos indicados.

²⁴⁸Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. Ratificado en España el 19 de abril de 1987. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de enero de 1995, núm. 23, art. 12 14.

de uno de los Estados contratantes (art. 3). La Ley aplicable recaerá en las autoridades del Estado de residencia habitual del menor y en las autoridades del Estado del que el menor es nacional (art. 5).

- El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños menores²⁴⁹ de dieciocho años. En cuanto a la competencia, se aplica el criterio de residencia habitual (cap. II, art. 5.1), en cuanto a la ley aplicable, la autoridad competente aplica su ley (cap. III, art. 15.1), en cuanto al reconocimiento de medidas, de pleno derecho (cap. IV, art. 23.1) y en cuanto a la cooperación, se da entre autoridades centrales (cap. V, art. 29.1). Este Convenio resulta especialmente innovador en relación con el Convenio de 1961. La idea general es que los Estados contratantes acepten una limitación considerable de la competencia de sus autoridades. Este Convenio pretende suprimir en principio toda concurrencia de autoridades de Estados diferentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño. Son muchos los preceptos de este Convenio en los que se evidencia la influencia de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (art. 8, 9, 10, 22, 23, 28). Como aspectos operativos del Convenio, es importante precisar las reservas, las declaraciones, las designaciones, los acuerdos y las objeciones, en aras a que los Estados puedan ratificarse e implementar.

En cuanto a los actuales Convenios en materia de obligaciones alimenticias en el ámbito familiar:

²⁴⁹Convenio número 34 de la Haya, de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de enero de 2002. Ratificación por parte de España, el 6 de septiembre de 2010. Estados parte, 52.

- El Convenio n.º VIII de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a los menores, de 24 de octubre de 1956²⁵⁰ cuyo objetivo es resolver los conflictos de leyes, teniendo en cuenta que la regla general será la ley de residencia del menor que determinará si se puede reclamar alimentos, en qué medida y a quién y dejando a discreción de esta ley interna la determinación sobre quién puede entablar la acción de reclamación y los plazos. Fija la minoría de edad por debajo de los veintiún años (art. 1). Establece también reglas excepcionales de aplicación (art. 2).
- El Convenio de La Haya IX de 15 de abril de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores²⁵¹, tiene por objeto asegurar el reconocimiento y la ejecución de decisiones dictadas en virtud de solicitudes de carácter interno o internacional relativas a la reclamación de alimentos al ascendiente o a los ascendientes, no se aplica entre colaterales. Los requisitos del acreedor es que debe ser un hijo no casado y menor de veintiún años (art. 1). El Convenio establece una serie de condiciones formales en cuanto a documentación necesaria para presentar la solicitud de reconocimiento o ejecución. Y una serie de cláusulas para reconocer y declarar ejecutivas las resoluciones (art. 3).
- El Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973²⁵², tiene por objeto el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimentarias dictadas por las autoridades

²⁵⁰Convenio número 8 de la Haya, de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores, *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*, 5 de mayo de 1974. Entrada en vigor, el 1 de enero de 1962. Ratificación por parte de España, el 27 de marzo de 1974. Estados parte, 15.

²⁵¹Convenio número 9 de la Haya, de 15 de abril de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*, de 12 de noviembre de 1973. Entrada en vigor, el 1 de enero de 1962. Ratificación por parte de España, el 11 de septiembre de 1973. Estados parte, 20.

²⁵²Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973. Ratificado por España el 28 de mayo de 1987. Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 12 de agosto de 1987, art. 24.

judiciales y administrativas entre un acreedor y un deudor de alimentos, o un deudor de alimentos y una institución pública que persiga el reembolso de la prestación facilitada a un acreedor de alimentos (art. 1). Se recogen una serie de requisitos formales en cuanto a documentación para obtener el reconocimiento o instar la ejecución de una resolución (art. 17) y unas condiciones especiales para su ejecución y posterior reconocimiento (cap. II y cap. III).

- El Convenio n.º XXIV de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias²⁵³, substituye al Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la misma materia, con excepciones (art. 18 y 13). Este texto legal, se aplica a las obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo (art. 1) y determina si el acreedor puede reclamar alimentos, en qué medida y a quién; quién está legitimado para ejercitar la acción alimenticia y en qué plazos; y los límites de la obligación del deudor, cuando la Institución pública que ha suministrado alimentos al acreedor pida el reembolso de su prestación (cap. II).
- El Convenio XXXVIII de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia²⁵⁴, establece su aplicación, así como las limitaciones de la misma (art. 2). Regula el cauce de acceso a las autoridades centrales que se transmitirán desde el estado requirente al requerido conforme al Derecho del estado requerido (cap. III), proporciona asistencia gratuita a menores de veintiún años (art. 15) y regula el reconocimiento y la ejecución (cap. V).

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Convenio número 38 de la Haya, de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de enero de 2013. España como Estado obligado en razón de una aprobación de una ORIE, el 1 de agosto de 2014. Estados obligados en virtud de la aprobación por una ORIE, 41.

- Protocolo XXXIX de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias²⁵⁵, moderniza el Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a menores y al Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, y desarrolla las normas generales sobre la ley aplicable que constituyen un complemento del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. El Protocolo, determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que deriva de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres (art. 1). Es de aplicación universal (art. 2) y establece una serie de normas especiales a favor de determinados acreedores (art. 4) y a los cónyuges y excónyuges (art. 5). Del mismo modo se regula específicamente la designación de la ley aplicable a una obligación alimenticia (art. 8).

En cuanto a los Convenios en materia de sustracción de menores:

- El Convenio n.º XXVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 de octubre de 1980²⁵⁶, tiene como objetivo el de proteger al menor, a nivel internacional, de los efectos perjudiciales que pueda ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y del aseguramiento de aplicar procedimientos que permitan garantizar la restitución del menor a su Estado de residencia habitual y, restablecer así, el *statu quo* que existía antes del traslado o retención. De esta manera, la Convención de la Haya, plantea el principio de reciprocidad, reconociendo

²⁵⁵Protocolo 39 de la Haya, de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor en España, el 18 de junio de 2011. Estados parte, 28.

²⁵⁶Convenio número 28 de la Haya, de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de diciembre de 1983. Ratificación por parte de España, el 16 de junio de 1987. Estados parte, 101.

la competencia de los tribunales del Estado de residencia habitual del niño en materia de custodia y prohibiendo las autoridades judiciales del Estado contratante donde haya sido trasladado o retenido el menor de decidir sobre la cuestión de fondo de la custodia hasta que se haya determinado la petición bajo la Convención. Este Convenio, exige que los Estados contratantes designen una Autoridad Central (art. 6) no solo facilitando las comunicaciones bilaterales entre ellas, sino proporcionando una lista completa de obligaciones (art. 7). La creación de una Red internacional de Jueces de enlace ha ayudado a difundir el conocimiento y el alcance legal y moral que puede darse ante un caso de sustracción de menores en los diferentes países. Resulta de especial interés la coordinación de este Convenio con el Convenio de la Haya de 1996, teniendo en cuenta que este último, se podría decir que refuerza al primero especialmente en lo que se refiere a traslados ilícitos por un lado y a aplicabilidad a los Estados que son parte de ambos Convenios.

La Conferencia de la Haya trabaja actualmente en los siguientes temas legislativos: acuerdos familiares en lo que respecta a los menores, convivencia no matrimonial, maternidad subrogada, órdenes de protección y protección de turistas. Hasta hace relativamente poco, se incluía en esta lista el tema relativo a las sentencias, que culminó con el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materias Civil y Comercial, hecho en la Haya el 2 de julio de 2019²⁵⁷.

A modo de ejemplo, y tras mencionar sucintamente los Convenios que tratan sobre los derechos de los niños, resulta importante destacar la sentencia que planteó y marcó el camino de aplicación del Convenio de La Haya de 1902. Este convenio tenía la función de unificación de la tutela de menores, estableciendo que la misma se regiría por la ley del menor, la Sentencia es del Tribunal Internacional de Justicia, de 28 de noviembre de 1958, Elisabeth Boll²⁵⁸.

²⁵⁷ Todavía no ha entrado en vigor.

²⁵⁸ Tribunal Internacional de Justicia. Resolución de 28 de noviembre de 1958, Elisabeth Boll, I.C.J. Reports 1958 pp. 55.

En el presente asunto se plantea una controversia sobre la tutela de menores entre Países Bajos y Suecia, siendo que ambos países formaban parte del Convenio. El caso se relaciona con la validez de medidas de educación protectora que las autoridades suecas adoptaron respecto a una menor de nacionalidad holandesa con residencia habitual en Suecia, Marie Elisabeth Boll. Los progenitores de la menor contaban con nacionalidad holandesa, el padre, y nacionalidad sueca, la madre.

Tras el fallecimiento de la madre, Países Bajos según su legislación nacional, nombró automáticamente tutor de la menor al padre que residía en Suecia, pero contaba con nacionalidad holandesa. Las autoridades suecas por su cuenta le impusieron un régimen de educación protectora a la menor, designándole un curador. El padre apeló a la decisión que fue rechazada y Países Bajos terminó asignando, con el consentimiento del padre de descargarle de las funciones de tutor, una dama holandesa como tutora de la menor. La tutora apeló en Suecia para que cesara la educación protegida, llegando a apelar hasta agotar todas las vías, pero sin obtener ningún resultado cambiante en la decisión. Fue entonces cuando el gobierno holandés decidió llevar el asunto a la Corte Internacional de Justicia para que dictaminara que la decisión adoptada por Suecia no era conforme al Convenio de la Haya de 1902 el cual era vigente y aplicable por ambos países.

La controversia se sustentaba principalmente en si la aplicación por parte de las autoridades suecas de la educación protegida estaba de acuerdo con las obligaciones emergentes por parte de Suecia de la Convención de la Haya de 1902 sobre Tutela de Menores.

El fallo reconoció que tanto la tutela como la educación protectora comparten ciertos objetivos, pero, aunque la educación protectora contribuya a la protección del niño debe también proteger de la educación defectuosa a la sociedad, para lograr dicha finalidad según el Convenio, debiendo regirse la tutela por la ley nacional del niño. El Convenio de 1902 debía resolver un conflicto de normas de derecho privado y ponderó la legislación nacional del niño. Sin embargo, al plantearse la cuestión de la aplicación de la ley sueca u holandesa de protección

de menores, extendió la aplicación del Convenio 1902 a dicha situación conduciendo a una imposibilidad, porque denegar la aplicación de la ley sueca a niños holandeses residentes en Suecia no constituía una solución acertada ya que no podría aplicarse correctamente tampoco la ley holandesa. Por tanto, la Corte estimó que Suecia no había incumplido ninguna de las disposiciones del Convenio porque la ley sueca sobre protección del menor no entraba dentro de la esfera de competencia del Convenio de 1902 sobre la tutela²⁵⁹.

3.2.2.- Convenios Europeos.

Siguiendo con la evolución del menor en el ámbito de derecho privado, dentro de los Convenios Europeos se deben diferenciar los tratados que se aplicaran a los países que formen parte del Consejo de Europa, y los reglamentos que se aplicaran a los países que formen parte de la Unión Europea.

3.2.2.1.- Consejo de Europa.

En el ámbito del Consejo de Europa²⁶⁰, resulta importante destacar los distintos tratados en materia de protección de menores que serán de aplicabilidad cuando entren en juego alguno de los actualmente 46 países adheridos al Consejo de Europa²⁶¹.

²⁵⁹1902 Guardianship Convention. Convention du 12 juin 1902 poru régler la Tutelle des Mineurs. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Dentro de los “viejos convenios”.

²⁶⁰Se trata de una organización internacional de ámbito regional que forma parte de las instituciones de la UE. Tiene como principal objetivo la defensa y protección de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. Su sede está situada en Estrasburgo, y fue fundado en 1949, la subsistencia y funcionamiento se garantiza con la colaboración de distintos países europeos. Cabe destacar que dentro de su estructura encontramos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que se rige por los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

²⁶¹Estados miembros del Consejo de Europa: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Reino Unido, Grecia, Turquía, Islandia, Alemania, Austria, Chipre, Suiza, Malta, Portugal, España, Liechtenstein, San Marino, Finlandia, Hungría, Polonia, Bulgaria, Estonia, Lituania, Eslovenia, República Checa, Eslovaquia, Rumanía, Andorra, Letonia, Albania, Moldavia, Macedonia del Norte, Ucrania, Croacia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Serbia, Mónaco y Montenegro.

Desde el inicio, el Consejo de Europa ha prestado un interés especial en la infancia. Se ha procurado promover y proteger los derechos del niño en los Estados miembros del Consejo de Europa evolucionando a nivel legislativo y político, dando resultado tras un minucioso trabajo a normas vinculantes y no vinculantes adoptadas por el Comité de ministros²⁶². Estos convenios, recomendaciones y directrices, promueven la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño a nivel europeo.

Son varios los enfoques desde los que el Consejo de Europa observa la posición del menor en el proceso y, en particular, son tres las situaciones que merecen especial relevancia:

- El menor en los procesos civiles de crisis matrimoniales o de pareja.
- El menor como imputado en el proceso penal.
- El menor como víctima y testigo en el proceso penal.

Tras consagrar la premisa de los derechos fundamentales integrados en la Declaración Universal aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y tras un año de la constitución del Consejo de Europa, el 25 de agosto de 1950 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los derechos humanos y las libertades fundamentales se sustentan en un régimen político puramente democrático, sobre una concepción comunitaria de respeto, teniendo en cuenta que los Estados Europeos comparten un patrimonio de ideales y de tradiciones políticas, de libertad y de preeminencia de derecho. De dicha declaración resulta la existencia de un vínculo entre el Convenio y el concepto de democracia²⁶³.

²⁶²Council of Europe Portal. Children Rights. The Council of Europe protects and promotes the human rights of everyone including children. Based on the United Nations Convention on the Rights of the Child, the European Convention on Human Rights and other legal standards, the Council of Europe promotes and protects the rights of 150 million children in Europe: <www.coe.int/children>. Consulta de lista de todas las normas vinculantes y no vinculantes del Consejo de Europa que protegen los derechos de los niños.

²⁶³J. Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 34.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶⁴ constituye el primer texto internacional que trata de conferir valor jurídico vinculante a los Estados y parte de una lista forzosamente incompleta, pero de considerable amplitud, de derechos humanos, civiles y políticos cuyo respeto, desde entonces y en los límites de su ámbito de aplicación, dejaba de ser considerado como una cuestión de la jurisdicción interna de los Estados. Es cierto que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada apenas un par de años antes que el Convenio Europeo por la Asamblea General de Naciones Unidas, mostraba ya de forma contundente los cambios en el ámbito del Derecho Internacional en este contexto. Incluso con anterioridad, se habían adoptado otros Tratados internacionales tendentes a proteger la dignidad humana, pero estos se limitaban al reconocimiento de determinados derechos extremadamente puntuales en ámbitos socio laborales o bien trataban de proscribir prácticas aberrantes ya perseguidas en cada uno de los Estados europeos occidentales en situaciones de normalidad democrática²⁶⁵. Del mismo modo, el Convenio europeo estableció un mecanismo internacional de garantía de los derechos reconocidos que, cualitativamente, superaba todas las formas de protección internacional del individuo conocidas hasta entonces.

Resulta importante precisar que este Convenio no contiene disposiciones específicas respecto a los derechos del menor. Si bien, se han elaborado por el Consejo de Europa diversos Convenios específicos a través de la doctrina y la jurisprudencia procedente tanto de la Comisión como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶⁶ que configuran la estructura del estatuto del menor. Tal y

²⁶⁴El Convenio Europeo de Derechos Humanos (En adelante CEDH), fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa (B.O.E. de 10 de octubre de 1979). Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Todos los Estados miembros de UE han firmado este Convenio.

²⁶⁵A. Sánchez Legido, *La Reforma para el Mecanismo de Protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Madrid: Colex, 1995), 292.

²⁶⁶El actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (En adelante, TEDH) tiene su origen en el antiguo Tribunal y Comisión Europea para los Derechos del Hombre y, en concreto, en el Protocolo nº 11 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuya entrada en vigor tuvo lugar en 1988. Es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el CEDH.

como apunta Queralt Jiménez²⁶⁷, la principal manifestación de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son sus sentencias.

El Convenio Europeo, desde su primera versión hasta la actual enmendada por el Protocolo n.º 11²⁶⁸, ha establecido siempre la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo²⁶⁹. Este es un órgano jurisdiccional de carácter internacional que ejerce su función con independencia e imparcialidad. El artículo 1 del CEDH, dispone que los Estados contratantes “reconocen a todas las personas” los derechos y libertades garantizados por el Convenio por lo que se entiende de forma clara que los menores forman parte de este grupo siendo por ello que el menor tiene garantizados todos los derechos que contiene el CEDH, de igual forma que un adulto. Cabe destacar la homogeneidad entre el preámbulo del CEDH y el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea²⁷⁰ que afirman el Estado de Derecho “*prééminence du droit; rule of law*” como núcleo esencial asociado a una concepción y un respeto común de los derechos humanos, lo que convierte a estos textos y a los derechos que proclaman, “*el instrumento del orden público europeo*”, en los términos del TEDH.

²⁶⁷A. Queralt Jiménez, *El Tribunal de Estrasburgo: Una Jurisdicción Internacional para la Protección de los Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 134.

²⁶⁸ Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la reconstrucción del mecanismo de control establecido por el Convenio. Entró en vigor en 1988. El actual TEDH tiene su origen en el antiguo Tribunal y Comisión Europea para los Derechos del Hombre y, en concreto, en este Protocolo número 11. Es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el CEDH. El Protocolo número 11 en concreto, viene a introducir con urgencia y necesidad la reestructuración del mecanismo de control establecido por el mismo Convenio, con el fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales previstas por el Convenio, todo ello a causa principalmente del aumento de las demandas de protección y del número creciente de miembros del Consejo de Europa.

²⁶⁹El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o Tribunal de Estrasburgo, es el tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio.

²⁷⁰Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (en adelante TUE) es, junto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, uno de los tratados fundacionales de la Unión Europea. Firmado en los Países Bajos el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

En este mismo ámbito, es relevante el papel del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños²⁷¹ al suponer un refuerzo para la Convención de los Derechos del Niño y una clara influencia en la legislación interna, en especial en la Ley 26/2015 de 28 de julio²⁷² de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al aparecer citado el texto normativo en el apartado I del Preámbulo de la misma. En aras a proteger el interés superior del menor, este Convenio es una pieza clave al promover sus derechos y al conceder a los menores derechos procesales para facilitarles el ejercicio de esos privilegios por sí mismos o a través de otras personas u órganos. En general, mediante este mecanismo normativo, se pretende normalizar los procedimientos en los sistemas europeos a fin de dotar de efectividad el Convenio Internacional de las Naciones Unidas y, a tal efecto, instaurar el Comité Permanente de Seguimiento²⁷³. Del mismo modo, los derechos recogidos en el Convenio se aplican a los menores de dieciocho años garantizando que este colectivo, en tanto vulnerable, sea informado y autorizado para participar en los procedimientos que le incumba ante una autoridad judicial.

El ámbito de aplicación en España engloba²⁷⁴, en general, cualquier proceso de familia en el que los derechos del menor puedan resultar afectados por la

²⁷¹España. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 45, de 21 de febrero de 2015, pp. 14174-14189. El Convenio entró en vigor el 1 de julio de 2000 y España firmó el mismo el 5 de diciembre de 1997 y lo ratificó el 18 de febrero de 2015.

²⁷²España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 180, de 29 de julio de 2015.

²⁷³Esté Comité Permanente se encarga de la evaluación y seguimiento de las políticas públicas en materia de derechos humanos y la aplicación efectiva de los principios de la Constitución en materia de derechos humanos y la gobernanza local. Se encarga también del seguimiento de la aplicación de las observaciones finales y las recomendaciones emitidas por los órganos y los mecanismos de los derechos humanos pertinentes.

²⁷⁴En particular: Los procesos que versen sobre nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos; los procesos que versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; procesos de filiación, paternidad y maternidad; procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; procesos que tengan por objeto la adopción de medidas de protección sobre los menores en los supuestos contemplados en los artículos 158 y 216 del Código Civil; procesos que tengan por objeto la adopción de medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de

decisión que en el mismo se adopte. En cuanto a los derechos procesales del niño, resulta de especial relevancia por el reconocimiento de este a ser informado y a expresar su opinión en los asuntos que le conciernan siempre que cuenten con suficiente capacidad para discernir; bien estableciendo una determinada edad o dejándolo en manos del tribunal competente para conocer del asunto²⁷⁵.

El Consejo de Europa, también elaboró el Convenio sobre relaciones personales del menor de 15 de mayo de 2003²⁷⁶, "*Convention on Contact concerning Children*", autorizando la firma el Consejo de Ministros español el 11 de septiembre de 2015. Este texto tiene por objeto establecer un marco común europeo y mundial que reconozca la necesidad de los menores de mantener relaciones personales, no sólo con sus padres, sino también con otras personas relacionadas con ellos por vínculos familiares, en atención a la importancia para el resto de la familia de seguir en contacto con ellos, siempre que quede preservado el interés superior del menor. El Consejo de Europa pretende promover en los Estados la adopción de principios comunes en el ámbito de las relaciones personales respecto a los menores, con el objeto de ofrecer resultados satisfactorios con principios análogos a los vigentes en el estado donde deban aplicarse. Se reconoce la necesidad, en el caso de que los menores y los padres y otras personas con vínculos familiares con ellos tengan

sustracción internacional; procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores de acuerdo al artículo 156 del Código Civil y a la Ley de Jurisdicción Voluntaria; procesos relativos al acogimiento de menores y la adopción, contenidos en los artículos 1825 y 1832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; nombramiento de tutor o curador recogidos en los artículos 1833 y 1840 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; nombramiento de tutor o curador contenido en los artículos 1833 a 1840 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

²⁷⁵Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Entró en vigor en 1953. 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*".

²⁷⁶Este Convenio ha sido firmado por 10 Estados, entró en vigor el 1 de septiembre de 2005 y en este momento es aplicado por ocho Estados. España ha firmado, pero aún no es obligatorio.

su domicilio en Estados diferentes, de alentar a las autoridades judiciales a que permitan con mayor frecuencia las visitas transfronterizas y se aumente la confianza de todos los interesados en que los menores serán devueltos al finalizar dichas visitas. Esto ofrece medidas de protección eficaces y garantías suplementarias necesarias y evita, en la medida de lo posible, la comisión de una sustracción internacional por parte de uno de los progenitores o familiares.

Resulta preciso señalar el alcance de la protección derivada de normas internacionales en la Constitución Española, en especial en las STC 36/1991, de 14 de febrero²⁷⁷, en cuanto a la prevalencia de la ley internacional por encima de los tribunales nacionales.

Se debe tener en cuenta también el Tratado número 160 del Consejo de Europa, el nombrado “*European Convention on the Exercise of Children’s Rights (ETS No. 160)*”²⁷⁸, el mencionado tratado entró en vigor el 1 de julio de 2000, con un total de 20 ratificaciones actualmente²⁷⁹. El convenio tiene como finalidad proteger el interés superior del menor, establecer límites y medidas en los procedimientos con el objetivo de que los niños puedan ejercer sus derechos. Las medidas previstas son para promover los derechos de los niños específicamente en los procedimientos familiares ante los órganos jurisdiccionales, dónde los niños deberán poder ejercer sus derechos a ser

²⁷⁷Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 36/1991, de 14 de febrero de 1991. *“Otro de los preceptos constitucionales presuntamente infringidos es el artículo 39.4, según el cual, como se sabe, los niños gozarán en España de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos, de manera que, en cierto modo, opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (artículo 53.5 CE) los principios reconocidos en el capítulo tercero del título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables. Ciertamente, la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de esta sobre la norma legal, pero no es esta la cuestión que aquí esté planteada, pues la falta de protección para el menor que eventualmente resultaría de la LTTM se da, de existir, como consecuencia de la infracción de la norma constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.”*

²⁷⁸European Convention on the Exercise of Children’s Rights, Strasbourg, 25 de enero de 1996. European Treaty Series – No. 1660. Council of Europe.

²⁷⁹Council of Europe Portal, Chart of signatures and ratifications of Treaty 160. Status as of 5 of July of 2022.

informados, expresar sus opiniones, entre otros. Los tipos de procedimientos familiares a los que se enfoca son todos aquellos relativos al menor: guarda y custodia, residencia, derecho de visitas, cuestiones de filiación, entre muchos otros. Fija además un comité permanente para que se encargue de supervisar que no se están vulnerando los derechos de los menores.

Siguiendo la misma línea, la Carta Social Europea²⁸⁰, complementa a la CDN y consagra y protege los derechos sociales y económicos. En este texto, se pone de manifiesto la preocupación por que los Estados presten a la infancia y a la adolescencia un especial amparo en aras a la vulnerabilidad que conlleva la minoría de edad. La carta es aplicable a los menores y les atribuye derechos desde antes del nacimiento dado que protege la maternidad. En el texto, se hacen diversas referencias a los menores de forma directa, en el apartado 7 se recoge: *“Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos”* y, el punto 17 se cita: *“La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica”*, basada en el vínculo familiar de derechos, obligaciones y responsabilidades entre ambos. Asimismo, el artículo 9 regula el derecho a la orientación profesional, incluidos los niños en edad escolar. La mención a la familia se reitera a lo largo del texto de la Carta al amparar la familia nuclear, formada por padres e hijos, independientemente de que el vínculo entre los progenitores se justifique o no en el matrimonio, protegiendo en igualdad de condiciones la familia monoparental.

En este mismo ámbito, cabe destacar la Convención para la Protección de los Menores contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual de 25 de octubre de 2007²⁸¹, como primer instrumento en criminalizar el abuso infantil sexual de

²⁸⁰España. Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 153, de 26 de junio de 1980. Conocida como la Carta de Turín, se aprobó el 18 de octubre de 1961. Se revisó el texto en 1996.

²⁸¹Convenio 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 y Declaraciones al

cualquier tipo, incluyendo el turismo sexual y la construcción de la confianza de los menores con fines sexuales. Este Convenio establece tres propósitos claros y concisos; prevenir y combatir la explotación y los abusos sexuales de los niños, proteger los derechos de los niños víctimas de la explotación sexual y el abuso sexual y promover la cooperación nacional e internacional contra este fenómeno. En este texto legal, se entiende “niño” con base en la definición propuesta por la CDN y por el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, un “niño” es toda persona menor de 18 años²⁸².

La Convención sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005²⁸³, tiene por objeto prevenir la trata de seres humanos, protegiendo a las víctimas de la trata, encausando a los traficantes y promoviendo la coordinación de la acción nacional y la cooperación internacional. El Convenio se aplica a todas las formas de trata, ya sean nacionales o transnacionales, vinculadas o no con el crimen organizado, a todas las víctimas de la trata (mujeres, hombres y niños) y a todas las formas de explotación (sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud, servidumbre y extirpación de órganos, etc.). El principal valor añadido del Convenio es su enfoque centrado en los derechos humanos y la protección de las víctimas. En él se define la trata como una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano. Esto significa que se consideran responsables a las autoridades nacionales si no toman medidas para prevenir la trata de seres humanos, proteger a las víctimas e investigar eficazmente los casos de trata.

mismo. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 292, 16 de abril de 2010. Entrada en vigor el 1 de julio de 2010.

²⁸²Cabe destacar que, en ciertos artículos del Convenio, se especifica una edad diferente – la edad legal para participar en actividades sexuales sin que los actos sean considerados delitos castigados penamente. La edad de consentimiento para la actividad sexual varía en toda Europa, va desde los 13 a los 18 años. España tiene la menor edad de consentimiento (13 años) y Turquía y Malta tienen la más alta (18 años).

²⁸³España. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio número 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 219, de 10 de septiembre de 2009. Entrada en vigor el 1 de febrero de 2008.

El Convenio Europeo sobre adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008²⁸⁴ (revisado), establece unas disposiciones comunes europeas a fin de garantizar la honestidad y la seguridad jurídica de los procedimientos y evitar abusos. El ámbito de aplicación se limita a la mayoría de edad establecida en los dieciocho años y destaca por su interés en recabar consulta al menor, contenido en el artículo 6: *“Si, en virtud de los apartados 1 y 3 del artículo 5, no fuera necesario recabar el consentimiento del menor, este será consultado en la medida de lo posible y su opinión y sus deseos se tomarán en cuenta según su grado de madurez. Será posible evitar esta consulta si la misma se muestra manifiestamente contraria al interés superior del menor”*.

El Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 y el Convenio de La Haya de 1980²⁸⁵ y el Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, hecho en la Haya en 1980²⁸⁶, cuya principal diferencia radica en el mecanismo o instrumento articulado para luchar contra la sustracción internacional de menores. El Convenio de La Haya establece, para tutelar el interés del menor con residencia habitual en un Estado Parte que ha sido trasladado ilícitamente a otro Estado Parte, la posibilidad de que el titular del derecho vulnerado inste ante las Autoridades Centrales una acción directa de retorno. No se trata, por tanto, de un Convenio sobre competencia judicial, ni sobre Derecho aplicable o reconocimiento y ejecución de resoluciones; se limita a regular la acción directa de restitución como instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia.

²⁸⁴España. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167, de 13 de julio de 2011. Entrada en vigor el 1 de septiembre de 2011.

²⁸⁵Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Ratificado por España el 9 de mayo de 1984. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

²⁸⁶España. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

El TEDH ha creado un estatuto jurídico igualitario para todos los menores. El Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera de matrimonio²⁸⁷ y lo ha ratificado en el sentido de establecer los principios de filiación. Las normas establecidas en este Convenio tienen como objetivo equiparar el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio con los nacidos dentro del matrimonio y contribuir con la armonización de la legislación de los Estados miembros del Consejo en este ámbito. Sus principales disposiciones se refieren a la filiación materna y paterna, al reconocimiento, la oposición o la impugnación de la paternidad, la atribución de la autoridad parental y los derechos sucesorios de los hijos.

La coexistencia de diversos convenios relativos a una misma materia o a materias próximas hace preciso al mismo tiempo, una diferenciación y una delimitación en aras a fijar con precisión cada uno de los ámbitos que se engloban. Sin embargo, tal extremo enriquece la materia al permitir la utilización conjunta o complementaria en el ámbito que nos ocupa y que es la protección de los menores. La garantía jurisdiccional que incorporan los textos anteriores supone un importante paso en la realidad de los derechos humanos al considerarlos un mínimo común de los estándares de protección tanto en el ámbito internacional, como en el supranacional y el regional.

3.2.2.2.- *Unión Europea.*

En el ámbito de la Unión Europea, es decir, cuando nos encontremos con conflictos jurisdiccionales o de ley aplicable en estados miembros, con sus excepciones dependiendo de cada reglamento, debemos destacar tres reglamentos a tener en cuenta.

²⁸⁷European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock. *Council of Europe*, Strasbourg, 15 de octubre de 1975, núm. 85. Entrada en vigor el 11 de agosto de 1978. España todavía no lo ha ratificado.

En primer lugar, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia internacional de los tribunales de los Estado Miembros de la UE, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras en relación a las declaraciones de divorcio, separación y nulidad matrimonial, de responsabilidad parental y de las medidas de protección de menores, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, de ahora en adelante Bruselas II bis. Forman parte de este reglamento todos los estados miembros de la UE²⁸⁸ con excepción de Dinamarca, que por lo tanto no le vincula. El anterior, será sustituido por el Reglamento 2019/1111 de 25 de junio de 2019²⁸⁹, siendo plenamente aplicable a partir del 1 de agosto de 2022. Este nuevo reglamento constituye una versión refundida del ya meritado, a través del cual se modifican las reglas relativas al ámbito de aplicación personas de los foros operativos para el divorcio, separación legal y nulidad matrimonial.

El actual reglamento establece la competencia internacional cuando se encuentra implicado más de un Estado Miembro de la Unión Europea, fijando las normas que determinan el órgano jurisdiccional responsable en asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental. Y, asimismo, facilitando el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en un estado miembro de la UE y los procedimientos de sustracción de menores de un estado miembro trasladado a otro. De este reglamento, se excluye toda la parte de ley aplicable en virtud de esas materias, que queda regulado en otro reglamento que se mencionará más adelante.

En relación con la competencia territorial, en los asuntos matrimoniales el reglamento establece siete criterios de competencia, estos se fundamentan en la nacionalidad que tienen los cónyuges o en la residencia habitual. En el ámbito

²⁸⁸Actualmente la Unión Europea consta de 27 estados miembros; Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia. Perfiles de los países (europa.eu)

²⁸⁹Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

de responsabilidad parental, normalmente los órganos jurisdiccionales encargados son los del estado miembro en la residencia habitual del menor, o dónde viva el menor, por un tema de proximidad del domicilio del menor con el juzgado que le competa la competencia. En los asuntos de sustracción de menores serán competentes los juzgados del estado miembro en el que el menor vivía de forma habitual antes de producirse la sustracción, estos tendrán la competencia siempre y cuando no se sitúe la residencia habitual del menor en otro estado miembro. En relación con el reconocimiento, cualquier estado miembro deberá reconocer de forma automática las resoluciones judiciales dictadas por otro estado miembro en materia matrimonial y de responsabilidad parental, hay ciertos supuestos tasados en los que el reconocimiento es posible denegarlos²⁹⁰. En cuanto a la ejecución de las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, si son ejecutivas en otro estado miembro del que se dictaron, se pueden ejecutar cuando una de las dos partes interese esa ejecución. Es decir, se necesita que se haya declarado ejecutiva en el estado miembro que se quiere ejecutar si la resolución proviene de otro país estado miembro. No se requiere ninguna declaración sobre esas resoluciones, que hayan sido certificadas por el juez original, que lo que hacen es reconocer el derecho de visita o la restitución de un menor.

Uno de los principales objetivos del reglamento es precisamente garantizar el derecho a los menores a mantener contacto con sus progenitores, aunque no estén residiendo dentro del mismo estado miembro de la UE.

Este reglamento como norma general sustituye los convenios que sean objeto de la misma materia sobre aquellos casos que impliquen a dos o más estados miembros, atendiendo a que en las relaciones entre estados miembros de la UE

²⁹⁰Es posible negar el reconocimiento si: la resolución es contraria al orden público, si se le creó indefensión al demandado al obtener una resolución con ausencia del demandado porque no recibió las notificaciones y si el reconocimiento es incompatible con otra resolución judicial dictada entre las mismas partes. Además, en materia de responsabilidad parental se le añaden dos posibilidades más de negar ese reconocimiento; si no se dio la posibilidad al menor de audiencia y si hay una petición de cualquier persona alegando que la resolución perjudica el ejercicio de su responsabilidad parental o se dictó la resolución sin dar la posibilidad de audiencia a esa persona.

los reglamentos, en este caso el presente Bruselas II bis, prevalece frente a determinados convenios multilaterales. Concretamente en este caso, prevalecerá el reglamento en relación con; El Convenio de la Haya de 1961, ley aplicable en materia de menores, el Convenio de Luxemburgo de 1967, reconocimiento de resoluciones sobre el matrimonio, el Convenio de la Haya de 1970, de reconocimiento de divorcios, el Convenio europeo de 1980, de custodia de menores, y el Convenio de la Haya, de 1980, aspectos civiles de la situación²⁹¹.

Como se ha indicado, el actual Reglamento Bruselas II bis, ha sido revisado²⁹² y su versión denominada Reglamento (UE) 2019/1111 (Reglamento Bruselas II bis refundido) entró en vigor el 1 de agosto de 2022.

El objetivo principal del Reglamento 2019/1111 es derogar el reglamento anterior, el 2201/2003 con la finalidad de garantizar una normativa que proteja de una forma más completa a los menores y a los progenitores que estén inmersos en litigios transfronterizos en materia de responsabilidad parental, custodia, derechos de visitas, sustracción de menores y de la misma forma también seguirá aplicándose en las otras materias relativas al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Quedan excluidas del ámbito del reglamento las obligaciones alimentarias²⁹³.

Las modificaciones y revisiones más importantes que el Reglamento 2019/1111 impone, son relativas a la aplicación de normas conjuntas sobre competencia tanto en el divorcio, la separación y nulidad, así como la normativa armonizada sobre la competencia relativa a la responsabilidad parental. Se fija un procedimiento mejorado de restitución en caso de sustracciones internacionales,

²⁹¹Summaries of EU Legislation. Resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: competencia, reconocimiento y ejecución (Bruselas II bis, 2021). Disponible: <EUR-Lex - I33194 - EN - EUR-Lex (europa.eu)>

²⁹²EUR-Lex, "Recasting of Legislation, glossary summaries". Disponible: <EUR-Lex - legislation_recasting - EN - EUR-Lex (europa.eu)>

²⁹³Summaries of EU Legislation. Resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: competencia, reconocimiento y ejecución (2019). Disponible: <EUR-Lex - 4407187 - EN - EUR-Lex (europa.eu)>

introduciendo plazos claros, se fomenta la mediación en todos los aspectos, se esclarece el derecho a que los menores tengan la oportunidad de ser escuchados, se elimina la necesidad del *exequatur* como procedimiento intermedio en las decisiones de responsabilidad parental, se clarifica las normas de acogida de menores en otro país de la UE, se potencia una mejor colaboración entre las autoridades centrales de los distintos estados miembros, se potencia una circulación simplificada de ciertas decisiones y actos auténticos y finalmente también hace una aplicación más eficaz de decisiones que puedan introducir ciertos motivos de suspensión o rechazo al aplicarse²⁹⁴.

Asimismo, y como norma a tener en cuenta, cabe destacar el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, de 20 de diciembre de 2010²⁹⁵. Este reglamento está conformado por un conjunto de normas que tienen como finalidad determinar la legislación que debe aplicarse en los procesos de divorcio o separación judicial que impliquen un conflicto de leyes nacionales. Los mismos pueden llegar a un acuerdo eligiendo la legislación aplicable²⁹⁶ o si no quedarán sujetos a la legislación del país que dicte el reglamento²⁹⁷. Paralelamente y en todo lo referente a la ley aplicable a los

²⁹⁴Jornada: *El Reglamento (UE) 2019/111 y las nuevas normas de responsabilidad parental y protección de menores*. Organizada el 23 de mayo de 2022 por la Sección de Derecho Internacional y de la Unión Europea del ICAB.

²⁹⁵El reglamento se aplica a diecisiete estados miembros que participan en la cooperación reforzada en esta cuestión: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España Estonia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Portugal y Rumanía.

²⁹⁶Siempre que se trate de la legislación; del país en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, o del país en el que los cónyuges tenían su último lugar de residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, o del país de origen de cualquiera de los cónyuges en el momento de la celebración del convenio, o del país en el que se interponga la demanda.

²⁹⁷Si los cónyuges no eligen la ley que se debe aplicar, quedará sujeta la demanda a la legislación del país: en el que tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda, sino en el que los cónyuges hubiesen tenido su último lugar de residencia habitual y que uno de ellos aún resida allí, sino la de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda y sino finalmente en el que se interponga la demanda.

menores, es importante precisar que es de aplicación erga omnes el Convenio de la Haya de 1996²⁹⁸.

Finalmente, es menester hacer especial mención al Reglamento (CE) n.º 4/2009²⁹⁹ relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos³⁰⁰. Este reglamento facilita el pago de los créditos alimenticios en los asuntos transfronterizos, y se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia, parentesco y matrimonio o afinidad³⁰¹.

3.2.3.- Referencias jurisprudenciales sobre los derechos del menor en sede de conflicto familiar.

La globalización ha supuesto una importante modificación de los modelos culturales al abrir una serie de perspectivas diferentes respecto a los derechos; entendidos como tales la reafirmación de derechos tradicionales en conexión con los nuevos derechos nacidos fruto de la internacionalización de la sociedad y consigo, los Estados. El concepto “familia” se ha identificado a lo largo de la historia como la familia matrimonial consistente en un grupo de personas unidas entre sí por vínculos conyugales y de parentesco³⁰². La relación histórica entre la familia y el matrimonio ha quedado monopolizada hasta el punto de no separar

²⁹⁸España. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

²⁹⁹Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 7, de 10 de enero de 2009.

³⁰⁰C. Parra Rodríguez, “La obligación de alimentos para los menores. Nuevas soluciones desde el derecho internacional privado” en *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 275-298.

³⁰¹EUR-Lex. “Obligaciones de alimentos, síntesis del documento”. Disponible: <Reglamento (CE) n o 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre ... - EUR-Lex (europa.eu)>

³⁰²Ya sea consanguíneo, de adopción o de afinidad.

derechos. Si bien, la Constitución Española de 1978, diferencia el derecho matrimonial de la protección de la familia con fórmulas independientes: el derecho al matrimonio se consagra como un derecho fundamental³⁰³, mientras que la mención a la familia se incluye en los llamados principios rectores de la política social económica³⁰⁴, a la vez que quedan reconocidos una serie de derechos fundamentales que dan una categoría constitucional a la protección de la familia³⁰⁵. También los textos internacionales³⁰⁶ recurren al tratamiento conjunto de derecho de matrimonio y familia, cuya interacción entre ambas realidades ha quedado necesariamente remitida a una modificación social actual de acuerdo con las nuevas percepciones y, por ende, a la concesión de nuevos derechos.

De los anteriores conceptos, podría resultar intrínseco y directamente relacionado el término “menor”, incluido en el seno de los derechos de la familia y el matrimonio. Sin embargo, no resulta así, teniendo en cuenta que, dentro del territorio nacional, la Constitución Española, contiene referencias terminológicas ambiguas al referirse a los sujetos como “ciudadano”, “persona”, “españoles” haciendo una única referencia a los “menores” en su artículo 39³⁰⁷ en relación con la protección internacional.

³⁰³Constitución Española, *op. cit.*, art. 32.1.

³⁰⁴Ibidem, art. 39 (en especial, artículos 2 y 3).

³⁰⁵Ibidem, art. 18. Derecho a la educación: art. 27.

³⁰⁶Declaración Universal de Derechos del Hombre, *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*, de 10 de diciembre de 1948. Artículo 16.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo d 1976. Artículo 23.2; Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 12; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17.2; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 9.

³⁰⁷España. *op. cit.*, art. 39.4: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

3.2.3.1.- Jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a un proceso equitativo.

Siguiendo la misma línea de lo anterior y como se ha indicado anteriormente, a nivel europeo el CEDH carece de referencias a los menores por no incluir ningún artículo referente y directamente aplicable a este colectivo. Resulta evidente que están incluidos en los derechos que se protegen en el referido texto legal pero no reciben una mención especial lo cual genera un problema a la hora de determinar el rango de edad en el que quedarían incluidos. Los motivos principales de lo mencionado anteriormente radican en el hecho de que el CEDH parte de la base de que se elaboró en los años 50, un paradigma propio de ser reconocidos los menores como objetos de derechos a nivel nacional e internacional y no como sujetos de derechos. Sin embargo, no existe impedimento en reconocer a los menores como sujetos legítimos de derechos para interponer en su nombre³⁰⁸ una demanda ante el TEDH, al presumirse que se incluyen dentro del artículo 34 del Convenio y, por tanto, cumplen las condiciones³⁰⁹ para ello. No obstante, existe la paradoja de que el menor pueda o no interponer una demanda en su ordenamiento interno, sí puedan hacerlo ante el TEDH. Habitualmente los demandantes suelen ser los progenitores o las personas u organismos que ostentan el derecho de guarda y patria potestad de los menores. El TEDH es proclive a evitar un enfoque restrictivo cuando se trata de divergencias surgidas entre el derecho interno y el referido artículo 34 del CEDH, fomentando los vínculos entre el demandante y su representante, el objeto y la finalidad de la demanda.

A nivel europeo, en el CEDH queda recogido en el artículo 8 el derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar.

³⁰⁸Asunto A. c. Reino Unido, STEDH de 23 de septiembre de 1998 y A.M.M.C. c. Rumanía, STEDH de 14 de febrero de 2012.

³⁰⁹CEDH, art. 34: “1. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

Artículo 8 del CEDH:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.”

Este artículo está directamente relacionado con artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”* y con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996): *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*. Estos dos últimos instrumentos, incluyen, además de la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, otros bienes jurídicos no incluidos en el artículo 8 del CEDH, como la honra y la reputación. Del mismo modo, no se incluyen directamente en el CEDH a pesar de que el artículo 10.2 incluye la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Los bienes jurídicos protegidos en el artículo 8 del CEDH, entendiendo tales como la familia, el domicilio y la correspondencia, constituyen aspectos parciales de un bien más amplio: la vida privada, o la libertad para tomar decisiones concernientes a la propia vida privada.

La noción de vida familiar reconocida en las Sentencias del TEDH, es un concepto autónomo, entendiéndose su esencialidad en el derecho a “vivir juntos” en aras al correcto desarrollo de las relaciones familiares, asunto *Marckx v.*

Bélgica³¹⁰. El mutuo disfrute por parte de padres e hijos de la compañía del otro, constituye un elemento fundamental en la vida familiar³¹¹. Si bien, el Tribunal ha sostenido la idea de que el hecho de que exista o no esa relación familiar o “vida familiar” en casos particulares, resultará una cuestión de hecho, dependiendo de la existencia real en la práctica de los lazos de los miembros que la constituyan³¹². Será deber del TEDH examinar los lazos familiares existentes de facto, la convivencia conjunta, la duración de la relación y el compromiso mutuo de tener hijos, la conducta de los solicitantes con la ley también es un factor a considerar. En el asunto *Berrehab v. Los Países Bajos*³¹³ se refuerza esta idea en el sentido de que un hijo nacido de una relación matrimonial es *ipso iure* parte de esa unidad familiar desde el momento y por el hecho mismo de su nacimiento, por tanto, existe entre el niño y sus padres, un vínculo que equivale a la vida

³¹⁰Asunto *Marckx c. Belgium*, Estrasburgo 13 Junio 1979. (Apartado 31) “*This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8 (art. 8), respect for family life implies in particular, in the Court’s view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) without there being any call to examine it under paragraph 2 (art. 8-2)*”.

³¹¹Asunto *Olsson c. Sweden*, Estrasburgo 24 Marzo 1988. (Apartado 59) “*The mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life; furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care (see the W v. the United Kingdom judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, p. 27, § 59). It follows - and this was not contested by the Government - that the measures at issue amounted to interferences with the applicants’ right to respect for their family life*”.

³¹²Asunto *Paradiso and Campanelli c. Italy*, Estrasburgo 24 Enero 2017. (Apartado 140). “*The existence or non-existence of “family life” is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties. The notion of “family” in Article 8 concerns marriage-based relationships, and also other de facto “family ties” where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy*”.

³¹³Asunto *of Berrehab c. The Netherlands*, Estrasburgo 21 Junio 1988. (Apartado 21). “*The Court likewise does not see cohabitation as a sine qua non of family life between parents and minor children. It has held that the relationship created between the spouses by a lawful and genuine marriage - such as that contracted by Mr. and Mrs. Berrehab - has to be regarded as “family life” (see the Abdulaziz, Cabales and Balkandali judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 32, § 62). It follows from the concept of family on which Article 8 (art. 8) is based that a child born of such a union is ipso jure part of that relationship; hence, from the moment of the child’s birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to “family life”, even if the parents are not then living together*”.

familiar, incluso si los padres no viven juntos. Cuando se ha establecido la existencia de un vínculo familiar con un niño, el deber del Estado radica en actuar de forma que permita dar continuidad al desarrollo del vínculo, estableciendo salvaguardas legales que hacen posible la integración del menor con su familia³¹⁴. Resulta interesante precisar que el Artículo 8 no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho a respetar la “vida familiar” no protege el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia o, al menos, la posible relación entre un niño nacido fuera de matrimonio y su padre natural o aquella relación que surge de un verdadero derecho al respeto de la vida privada y familiar incluso si la vida familiar todavía no se ha establecido completamente o incluso una relación entre un padre y su hijo legítimo si se demuestra, años más tarde no haber tenido una base biológica. Sin embargo, el artículo en cuestión no prevé a modo de ejemplo, la intención de un solicitante de desarrollar una familia previamente inexistente con su sobrino, al convertirse en su tutor legal, resultando este precepto, fuera del alcance de la protección a la vida familiar³¹⁵.

Una vertiente delicada de la vida familiar, son las disputas entre progenitores separados o divorciados sobre la custodia y el régimen de visitas a sus hijos. El Tribunal ha señalado reiteradamente que el artículo 8 comprende el derecho de un progenitor a obtener por un lado y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar, por otro, las medidas adecuadas para que aquél pueda reunirse con su hijo y desarrollar así sus capacidades parentales en beneficio del menor. Para que ello sea efectivo, las autoridades nacionales deben actuar en sintonía con los tribunales internacionales facilitando la colaboración en aras a los intereses, derechos y libertades de las partes y, en especial, al interés superior del menor

³¹⁴Asunto Kroon and Others c. The Netherlands, Estrasburgo 27 de Octubre 1994. (Apartado 32). *“According to the principles set out by the Court in its case-law, where the existence of a family tie with a child has been established, the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and legal safeguards must be established that render possible as from the moment of birth or as soon as practicable thereafter the child’s integration in his family”.*

³¹⁵Asunto Lazoriva c. Ukraine, Estrasburgo 17 de abril de 2018, (Párrafo 65). *“Thus, the applicant’s relationship or link with her nephew is not of a kind falling within the concept of “family life”. Furthermore, as regards her possible intention to establish “family life” with her nephew by becoming his legal tutor, the Court reiterates that Article 8 does not guarantee the right to found a family”.*

y los derechos que le reconoce el artículo 8 del CEDH³¹⁶. En los casos en que se desaconseje la relación paternofamiliar al entenderse que perjudica los intereses y/o afecta a los derechos de los menores, corresponde a las autoridades nacionales velar por un justo equilibrio entre ambos³¹⁷. En este sentido, el Tribunal alude a que, dependiendo de la naturaleza y seriedad del asunto, el interés superior del menor anulará el de sus padres³¹⁸.

Cuando se deciden las cuestiones de la custodia y el régimen de visitas, es importante que los progenitores estén siempre en posición de presentar todos los argumentos a favor de obtener contacto con el menor y de acceder a toda la información relevante en manos de los tribunales internos. El criterio fundamental de todos los asuntos es y será siempre para el legislador, el interés superior del menor.

Desde sus primeras decisiones, el TEDH ha utilizado un criterio material y no formal de familia, estableciendo, con absoluta rotundidad, que el artículo 8 del CEDH no distingue entre “familia legítima” y “familia natural”, sino que su protección se extiende a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares³¹⁹.

³¹⁶Asunto Neulinger and Shuruk c. Switzerland. Estrasburgo, 6 de Julio de 2010. (Párrafo 135). *“The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be. As indicated [...] “[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests”.*

³¹⁷I. Lasagabaster Herrarte, *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Navarra: Thomson Reuters, 2015), 408.

³¹⁸Asunto Sahin c. Alemania. Estrasburgo 8 de Julio de 2003. (Párrafo 66). *“Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents. In particular, a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child’s health and development”.*

³¹⁹J. García Roca y P. Santolaya, *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 494.

De los conflictos y divergencias entre padres separados en relación con la custodia y el régimen de visitas de los hijos, se suelen derivar problemas sensibles y hasta, en ocasiones, daños irreversibles, que afectan directamente a la vida familiar. En estos casos, antes que prevalecer la protección de los derechos y las libertades individuales de los progenitores en disputa, debe tenerse en cuenta el interés superior del menor. Y es en la búsqueda de un equilibrio justo de intereses que el artículo 8, además de prevenir al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, genera determinadas obligaciones positivas encaminadas a un respeto efectivo de la vida familiar. Sin embargo, no se trata de una obligación absoluta: la naturaleza y el abasto de las medidas que deben adoptar las autoridades nacionales depende siempre de las circunstancias particulares de cada caso, entendiendo que la obligación de acudir a los medios se ha de considerar de manera limitada. Según el TEDH, cuando los órganos judiciales internos han otorgado a uno de los progenitores el derecho exclusivo de guarda y custodia del menor, el punto decisivo de la materia es verificar si las autoridades nacionales han adoptado todas las medidas que se le podían exigir de forma razonable para ejecutar esa decisión.

El artículo 8 de la CEDH no contiene requisitos de procedimiento explícitos. Se entiende que el proceso de la toma de decisiones debe ser justo y garantizar el debido respeto a los intereses salvaguardados y contenidos en el mismo. Los padres, deben estar suficientemente involucrados a lo largo de todo el proceso en aras a garantizar la protección necesaria de sus intereses. Resulta obligatorio, por su parte, el examen a conciencia de los tribunales nacionales a la hora de realizar un examen en profundidad de toda la situación familiar, de los factores de hecho, emocionales, psicológicos, materiales, médicos, naturales con el fin de proporcionar al Tribunal una evaluación equilibrada y razonable de los intereses respectivos de cada persona, proponiendo cuál será la mejor solución para el menor.

El margen de apreciación que se otorgará a las autoridades nacionales competentes variará de acuerdo con la naturaleza de los problemas y la

importancia de los intereses en juego. Como señala Casadevall Medrano³²⁰, no le pertenece al tribunal internacional conocer sobre errores de hecho o derechos cometidos por las jurisdicciones nacionales, excepto en la medida que los errores puedan constituir un atentado contra los derechos y las libertades protegidos por el convenio, ni sustituir, con su apreciación, la interpretación del derecho interno llevada a cabo por el juez nacional, sobre todo si se trata de normas de procedimiento.

El TEDH ha determinado, en reiteradas ocasiones, que la falta de divulgación de documentos relevantes para los padres en el procedimiento a la hora de incidir sobre la guarda y custodia a adoptar en un asunto concreto no permitía la protección requerida a los intereses de los padres, tal y como se recoge en el artículo 8 del CEDH. La negativa a ordenar un informe psicológico independiente y la ausencia de audiencia ante los tribunales internos, en muchos casos ha impedido involucrar al solicitante en el proceso de toma de decisiones con respecto a sus derechos, provocando una violación del convenio³²¹. En el asunto Petrov y X. c. Rusia, se examinó de forma insuficiente a un padre en la solicitud de una orden de guarda y custodia realizando una revisión poco profunda de las razones relevantes y necesarias para resolver de acuerdo con el artículo 8 del CEDH³²².

Solo en casos extremos, en los que el contacto entre un progenitor y sus hijos cree o pudiera seguir creando un claro y grave perjuicio para el menor, se podrían ver restringidas las visitas entre estos, en aras al interés superior del

³²⁰J. Casadevall Medrano, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia* (Barcelona: Bosch Internacional, 2007), 432.

³²¹Asunto of Elsholz c. Germany. Estrasburgo, 13 de Julio de 2000. (Párrafo 53). “*The combination of the refusal to order an independent psychological report and the absence of a hearing before the Regional Court reveals, in the Court's opinion, an insufficient involvement of the applicant in the decision-making process. The Court thus concludes that the national authorities overstepped their margin of appreciation, thereby violating the applicant's rights under Article 8 of the Convention*”.

³²²Estrasburgo, 23 de octubre de 2018. (Párrafo 107). “*In line with the principles and case-law outlined above, the Court will therefore examine whether the domestic authorities in the present case made an in-depth examination of the entire family situation and of all relevant factors*”.

menor. En el asunto Sommerfeld c. Alemania³²³, una menor de 13 años expresó de forma clara y reiterada durante años su deseo de no ver a su padre, habiendo quedado probado que, de no seguirse tal fin, el equilibrio emocional y psicológico de la menor quedaría seriamente perturbado. Del mismo modo, en el asunto M. y M. c. Croacia³²⁴, el TEDH consideró que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de la hija de una pareja divorciada en tanto se resolvía el proceso de guarda y custodia y, teniendo en cuenta su edad y madurez la negativa de los tribunales nacionales al denegarle audiencia sobre el asunto en cuestión.

Los Estados tienen el deber de proporcionar las medidas necesarias para garantizar que el progenitor efectuará un correcto cumplimiento de la guarda y custodia y la patria potestad en beneficio de su hijo/a³²⁵. Ello otorga competencias al Tribunal a la hora de investigar sobre el paradero de un menor³²⁶, en casos de sustracción internacional cuya ubicación se ha ocultado

³²³Asunto Sommerfeld c. Alemania, Estrasburgo 8 de julio de 2003. (Párrafo 65). *“In the present case, the competent German courts adduced relevant reasons to justify their decisions refusing access, namely that the then thirteen-year-old girl had expressed the clear wish not to see her father, the applicant, and had done so for several years, so that forcing her to see him would seriously disturb her emotional and psychological balance. In those circumstances the decisions can be taken to have been made in the interest of the child.”*

³²⁴Asunto M. y M. c. Croacia. Estrasburgo 3 de septiembre de 2015. (Párrafo 172). *“Having regard to the foregoing considerations, and taking the best interests of the child as a primary consideration, the Court considers that the applicants’ complaints that the domestic authorities have been ignoring the first applicant’s wish to live with her mother, and the fact that she has not yet been heard in the custody proceedings, which have themselves lasted too long (see paragraphs 129-30 above), raise issues regarding the right to respect for private and family life distinct from those analysed in the context of Articles 3 and 8 of the Convention in paragraphs 153-66 above, which thus require separate examination by the Court under the latter Article”.*

³²⁵Asunto Malec c. Polonia. Estrasburgo, 28 de junio de 2016. (Párrafo 78). *“Having regard to the facts of the case, in particular the passage of time, and the criteria laid down in its own case-law, the Court concludes that, notwithstanding the State’s margin of appreciation, the Polish authorities failed to make adequate and effective efforts to enforce the applicant’s parental rights and his right to contact with his child”.*

³²⁶Asunto Hromadka y Hromadkova c. Rusia. Estrasburgo, 11 de diciembre de 2014. (Párrafo 168). *“The Court further notes that the first applicant’s attempts to involve other competent domestic authorities in assisting him to establish contact with his daughter were thwarted by the impossibility of locating O.H. and the child. In particular, although the conduct of O.H. gave grounds for instituting administrative proceedings under Article 5.35 § 2 of the Code of Administrative Offences, the failure to establish her whereabouts made it impossible in practice to do so. The first applicant’s requests to the regional and Russian ombudsmen for children for assistance in establishing contact with*

por parte del otro progenitor. Del mismo modo, compete al Tribunal examinar las medidas llevadas a cabo por los progenitores con respecto de los hijos y asegurarse que el ejercicio de los derechos de los menores, quedan perfectamente protegidos.

Este derecho queda recogido en el artículo 6 del CEDH.

Artículo 6 del CEDH:

1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*
2. *Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*
3. *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*
 - a) *A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.*
 - b) *A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.*
 - c) *A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.*
 - d) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que los hagan en su contra.*

the child yielded no results in the absence of information about O.H.'s whereabouts. The first applicant's request of June 2012 under Article 21 of the Hague Convention for securing the effective exercise of his rights of access in respect of his daughter remained without response due to the impossibility of locating O.H. and the second applicant".

- e) *A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.*

El artículo 8 del CEDH está estrechamente relacionado con los derechos e intereses protegidos en el artículo 6 del mismo texto legal. El artículo 6, en especial en su párrafo primero, se ofrece la garantía procesal del “derecho a un tribunal” en la determinación de los “derechos y obligaciones civiles” mientras que el requisito procesal del artículo 8 no solo cubre los procedimientos administrativos y judiciales, sino que sirve de auxilio al garantizar de forma amplia el debido respeto por la vida familiar (entre otros). La diferencia entre el objetivo perseguido entre las respectivas salvaguardas previstas en los artículos 6 y 8 puede, en ocasiones, justificar un conjunto de hecho en virtud de ambos artículos³²⁷. Sin embargo, en algunos casos donde la protección de la vida familiar está en juego y los demandantes invocaron ambos artículos, el Tribunal consideró examinar únicamente los hechos en virtud del artículo 8 alegando que el aspecto procesal de este artículo requiere el proceso de toma de decisiones que conduzca a medidas de interferencia para permitir el debido respeto a los intereses protegidos, como es el asunto *Mc Michael c. Reino Unido*³²⁸:

“Whilst Article 8 (art. 8) contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8 (art. 8): “[W]hat ... has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as ‘necessary’ within the meaning of Article 8 (art. 8).”

³²⁷Asunto *Bianchi c. Suiza*. Estrasburgo 22 de junio de 2006. (Párrafo 112). La Cour rappelle tout d’abord la différence de nature des intérêts protégés par les articles 6 § 1 et 8. Ainsi, l’article 6 accorde une garantie procédurale, à savoir le « droit à un tribunal », qui connaîtra des « droits et obligations de caractère civil » d’un individu, tandis que l’exigence procédurale inhérente à l’article 8 non seulement couvre les procédures administratives aussi bien que judiciaires, mais va de pair avec l’objectif plus large consistant à assurer le juste respect, entre autres, de la vie familiale.

³²⁸Asunto *Mc Michael c. Reino Unido*, Estrasburgo 24 de febrero de 1995. (Párrafo 87).

Para los asuntos que han sido tratados y escuchados dentro de un plazo razonable, tal y como lo requiere el artículo 6.1 del CEDH, también forma parte de los requisitos de procedimiento implícitos en el artículo 8 del mismo texto. Han sido numerosos los casos en los que existe un vínculo estrecho entre las demandas planteadas en virtud del artículo 6 que resulten estrechamente relacionadas en virtud del artículo 8, pueden ser examinadas como parte de este último derecho vulnerado³²⁹.

En los asuntos en los que se discuten las relaciones entre progenitores e hijos en supuestos de conflictos familiares entre los cónyuges, existe el deber, por parte del Tribunal, de ejercer diligencia excepcional en vista del riesgo de que el paso del tiempo pueda resultar un hecho que determine el asunto. Este deber de necesaria celeridad y garantías procesales, es decisivo para evaluar si un caso ha sido escuchado dentro de un tiempo razonable como lo requiere el artículo 6.1 de la CEDH. Este extremo forma parte de los requisitos de procedimiento implícitos en el Artículo 8³³⁰. Al evaluar lo que se considera el interés superior del menor, las posibles consecuencias negativas a largo plazo pueden suponer la pérdida de contacto entre el menor y uno de sus padres y el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación con la máxima celeridad posible. Lo anterior resulta imperativo en un proceso en el que los menores se encuentran directamente involucrados y los efectos negativos

³²⁹Asunto Anghel c. Italia. Estrasburgo, 25 de junio de 2013 (Párrafo 69). “In the instant case, the Court considers that this complaint, raised by the applicant under Article 6, is closely linked to his complaint under Article 8, and may accordingly be examined as part of the latter complaint”.

³³⁰Asunto Ribic c. Croacia, Estrasburgo 2 de abril de 2015. (Párrafo 92). “Given that an effective respect for family life requires that future relations between parent and child be determined solely in the light of all the relevant considerations and not by the mere passage of time, the ineffective, and in particular delayed, conduct of custody and contact proceedings may give rise to a breach of positive obligations under Article 8 of the Convention as procedural delay may lead to a de facto determination of the matter at issue. Therefore, in cases concerning a person’s relationship with his or her child there is a duty to exercise exceptional diligence in view of the risk that the passage of time may result in a de facto determination of the matter. This duty, which is decisive in assessing whether a case has been heard within a reasonable time as required by Article 6.1 of the Convention, also forms part of the procedural requirements implicit in Article 8.”

podrían crear unos perjuicios permanentes e irreparables en el crecimiento del menor³³¹.

Los niños tienen el derecho a ser escuchados y a participar en las decisiones que les atañen de forma directa, como personas y como grupo. Y ello se fundamenta en que todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³³². La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño confiere a los menores el derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que les afecten y a que se consideren debidamente sus opiniones teniendo en cuenta su edad y su madurez³³³.

En cuanto a esta casuística, el Consejo de Europa ha optado por fijar tres estrategias claves relativas a fomentar la participación de los niños³³⁴:

³³¹Asunto Jansen v. Noruega, Estrasburgo 6 de septiembre de 2018. (Párrafo 104). *“In conclusion, although the Court accepts that the decisions of the national authorities were made in what they considered to be the best interests of the child and bears in mind that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another, the Court holds that in the instant case, the potential negative long-term consequences of losing contact with her mother for A and the positive duty to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible were not sufficiently weighed in the balancing exercise.”*

³³²Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Entró en vigor en 1953. Artículo 10, Libertad de Expresión: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.*

³³³Observación General núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado. Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 25 de mayo de 2009.

³³⁴*“Manuel de droit européen en matière des droits de l’enfant”*. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2015). FRA European Union Agency for Fundamental Rights (fra.europa.eu), Consejo de Europa [en línea] Disponible en <www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/children-rights> y Tribunal Europeo de Derechos Humanos <echr.coe.int>.

- Promover los derechos de los niños a participar³³⁵. El Consejo de Europa proporcionará orientación sobre cómo integrar la participación de los niños en la práctica de una manera sistemática y en todos los contextos pertinentes para los niños. Sobre la Recomendación sobre la participación de los niños y jóvenes menores de 18 años, apoyará a los Estados miembros en la utilización de la Herramienta de Evaluación de la Participación de los Niños del Consejo de Europa como un medio para progresar hacia la realización del derecho de los niños a participar en los asuntos que les conciernen. Se tomarán medidas para facilitar el intercambio de experiencias sobre la participación de los niños basada en los derechos, en cooperación con el sector de la juventud del Consejo de Europa, las organizaciones de niños y jóvenes, los defensores de los niños y los órganos consultivos para los niños, y apoyándose en los principios de la independencia, la representación, la competencia, la información y la continuidad³³⁶.
- Entablar una comunicación con los niños. El Consejo de Europa seguirá consultando a los niños y considerando debidamente sus opiniones en la elaboración, aplicación y evaluación de sus normas, políticas y actividades relativas a los niños, respetando los principios mencionados anteriormente. Al proceder de este modo, se pondrá particular énfasis en la participación de los niños que se encuentren en situación vulnerable, como los niños con discapacidad, los niños que viven en la pobreza, los niños reclusos en instituciones, los niños romaníes y los niños que se desplazan o afectados de otro modo por la migración y los niños pertenecientes a minorías. Se redoblarán los esfuerzos por entablar una comunicación con los niños y con quienes les cuidan y trabajan con ellos a través de sitios web, aplicaciones, medios de comunicación social, juegos, publicaciones y otras herramientas adaptadas a los niños.

³³⁵Recomendación CM/Rec(2012)2 del Consejo de Europa sobre la participación de los niños y jóvenes menores de 18 años de edad, de 28 de marzo de 2012.

³³⁶DG de Justicia y Consumidores, *Evaluation of legislation, policy and practice on child participation in the EU* (Bruselas: Comisión Europea, 2015).

- Fortalecer la participación en las escuelas y a través de las mismas³³⁷. El Consejo de Europa fortalecerá las oportunidades para la participación de los niños en el entorno escolar y en la gobernanza democrática de las escuelas, apoyando al desarrollo de la ciudadanía y de la educación en derechos humanos en sus Estados miembros, en el marco de la aplicación de la Carta sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación de derechos humanos. Se facilitará la participación de los niños en la segunda revisión de la aplicación de la Carta. Se respaldará el aprendizaje entre homólogos en los Estados miembros a través del programa de proyectos piloto “Derechos humanos y democracia en acción”, financiado conjuntamente por la Unión Europea y el Consejo de Europa.

En este punto, se ha considerado incidir en el asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España, Estrasburgo 11 de octubre de 2016 por tratarse de un derecho vulnerado de un particular contra España. Este proceso versa sobre la vulneración del artículo 6.1 del CEDH en tanto el TEDH declara que establecer un régimen de custodia sobre un menor, en un procedimiento de divorcio, sin haberle escuchado, vulnera su derecho a ser oído en juicio. En dicho caso se cuestiona la negativa de un juez a entrevistar a unas niñas menores en el momento de los hechos, del procedimiento de divorcio de los padres. Tras continuas demandas y posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue declarado inadmisibile por falta de relevancia constitucional, la actora recurrió al TEDH.

Este Tribunal declaró admisible el recurso y estimó la violación del derecho de la actora a un juicio justo, condenando al Estado a indemnizar a la madre con la cifra de 6.200 euros por daños morales, además del pago de las costas.

³³⁷Recomendación CM/Rec (2010)7 del Comité de Ministros de los estados Miembros sobre la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática y educación en derechos humanos. Comité de ministros, el 11 de mayo de 2010.

La efectividad del derecho del menor a ser oído en juicio pasa porque las alegaciones de las partes puedan ser “oídas” por el tribunal, es decir, debidamente consideradas por el mismo. Por lo que se refiere a la audiencia de los niños por un tribunal, el TEDH considera que *“sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales están obligados a escuchar al niño en cualquier caso en el que esté en juego el derecho de visita de un progenitor que no tiene atribuida su custodia”*³³⁸. Esta obligación, señala el Tribunal, “depende de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta debidamente la edad y la madurez del menor. El TEDH observa además que, de acuerdo con el Derecho español, en los procedimientos de divorcio contenciosos, los menores deben ser oídos por el juez, si ello se considera necesario, si disponen de discernimiento y, en todo caso, si tienen 12 años o más. Además, si el menor solicita ser oído, el rechazo de su petición deberá ser motivada.

En sus alegaciones, el Gobierno español defendió que las partes sí habían sido oídas en el procedimiento sin que hubieran planteado queja en contrario en ese momento. Sin embargo, el TEDH estima que la actora venía reclamando desde el inicio del procedimiento de divorcio que las menores fueran oídas, tanto en su oposición a la demanda de divorcio y de los recursos que le siguieron, como en relación con las cartas dirigidas al juzgado de primera instancia, motivadas por el temor a una modificación que podía resultarles perjudicial en la atribución de su custodia. En concreto, el Tribunal considera que el juez de instancia se había limitado a examinar la opinión que la hija mayor había expresado al equipo psicosocial, así como a utilizar los informes anteriores procedentes del procedimiento de separación, para examinar la opinión de la hija menor de la solicitante, pero sin escucharla personalmente.

El Tribunal tiene particularmente en cuenta que cuando en 2007 se dictó la sentencia de divorcio, las menores tenían 14 años y 10 meses la mayor y de 11 años y medio la pequeña, y que cuando se enviaron las cartas en relación con el recurso de reposición tenían casi 15 años la mayor y 12 la pequeña. Por ello,

³³⁸Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España, Estrasburgo 11 de octubre de 2016 (Párrafo 36).

el TEDH no aprecia ninguna razón para que una menor de 12 años de edad no fuese escuchada directamente por el juez de instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como era exigido por la Ley nacional (art. 770 CC). Ni tampoco encuentra justificación para que el juez de primera instancia no se pronunciara motivadamente sobre la solicitud de audiencia.

En consecuencia, el Tribunal resuelve que la negativa a escuchar al menos a la mayor de las menores, así como la ausencia de toda motivación para rechazar la pretensión de ambas menores de ser oídas directamente por el juez que debía decidir sobre el régimen de visitas del padre, ha privado indebidamente a la actora de su derecho a que sus hijos menores sean oídos personalmente por el Juez competente, a pesar de las disposiciones legales aplicables y sin que tal situación haya sido repuesta por las instancias superiores que han conocido del caso. Con esta actuación, los tribunales nacionales no han garantizado a la actora su derecho a un juicio equitativo, conforme al art. 6.1 del Tratado.

3.2.3.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dentro de la Unión Europea encontramos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), la misión principal del cual es garantizar que la legislación de la UE se interprete y se aplique de forma igualitaria en todos los Estados miembros, así como que todas las instituciones que formen parte de la UE cumplan la mencionada legislación.

Específicamente la legislación que deberemos tener en cuenta en relación con la protección del menor es a la que anteriormente se ha hecho referencia, concretamente a los reglamentos que son de aplicabilidad cuando nos encontramos con conflictos entre legislaciones de estados miembros³³⁹.

³³⁹*Ut supra.* Ver epígrafe 3.2.2.2 del presente capítulo sobre *Unión Europea*.

En materia de protección de menores, encontramos dos asuntos acumulados³⁴⁰ en la sentencia de 19 de septiembre de 2018 del TJUE, que responden a cuestiones prejudiciales planteadas en relación con la protección del interés del menor como una cuestión de fondo. La cuestión fue planteada frente a la autoridad responsable de la protección de la infancia a Reino Unido.

El TJUE resuelve a favor del tribunal del por aquél entonces Estado miembro, atribuyéndole a la potestad de adoptar medidas cautelares contra el mencionado organismo público, de otro Estado miembro, con la finalidad de que no se pueda proseguir con un procedimiento de adopción.

En materia de obligaciones de alimentos encontramos la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 5 de septiembre de 2019³⁴¹ el cual trata sobre la interpretación de ciertos artículos del reglamento 4/2009, planteado en el contexto de las acciones de divorcio, de alimentos para el mantenimiento de una menor de edad y de responsabilidad parental.

El marco jurídico que se establece en virtud del derecho de la UE dispone la aplicabilidad del reglamento 2019/1111 alegando los considerandos 7³⁴² y 19³⁴³, se hace también referencia al artículo 1 del reglamento dónde se explicita en qué materias y dónde es aplicable el reglamento, el artículo 2 del reglamento que especifica que se entiende por responsabilidad parental³⁴⁴, el artículo 10 estableciendo la competencia en responsabilidad parental.

³⁴⁰Sentencia TJUE, de 19 de septiembre de 2018, Asuntos acumulados C325/18 PPU y C375/18 PPU, Hampshire County Council contra C.E. y N.E.

³⁴¹Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 5 de septiembre de 2019, Asunto C-468/18.

³⁴²(7) Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los menores, el presente Reglamento debe aplicarse a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.

³⁴³(19) Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y deben aplicarse de acuerdo con este. Cualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales.

³⁴⁴Se entiende por responsabilidad parental según el artículo 2.2 apartado 7 del Reglamento, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos

También se hace mención al reglamento 4/2009 señalando artículos enfocados a determinar cuándo serán competentes para resolver los estados miembros en materia de alimentos y la atribución de la competencia.

Dos nacionales rumanos, que contrajeron matrimonio en Rumanía, tuvieron una hija en Reino Unido, dónde fijaron su residencia habitual antes de separarse. La madre se estableció en Reino Unido y el padre retornó a Rumania, la madre solicitó a los tribunales de Rumanía la disolución del matrimonio, la atribución exclusiva de la patria y potestad y la fijación del domicilio de la menor con ella en Reino Unido, más el pago de una pensión alimenticia a favor de la menor por parte del padre. El órgano jurisdiccional nacional decidió separar la pretensión relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, de la pretensión relativa al pago de una pensión alimenticia a favor de la menor, incoó dos procedimientos separados por cada una de las pretensiones.

El tribunal, tras comprobar que no se cumplían los requisitos de la prórroga de la competencia del artículo 12 del Reglamento 2201/2003, se declaró incompetente considerando que los tribunales competentes eran los de Reino Unido, por entender que la menor tenía su residencia habitual allí desde que nació. Las partes no interpusieron recurso por lo que el tribunal de Rumanía se declaró incompetente al respecto.

En relación con la segunda pretensión relativa al pago de una pensión alimenticia por el padre a favor de la menor, se planteó una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia al respecto, al albergar dudas sobre la relación entre la designa del órgano jurisdiccional del lugar en el que el demandado tiene su residencia habitual, artículo 3 letra a) del reglamento 4/2009, y que se designe el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental, artículo 3 letra d) del mismo reglamento, y la designa de la competencia del órgano

jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

jurisdiccional ante el cual ha comparecido el demandado sin proponer excepción de incompetencia, artículo 5 del mismo reglamento.

El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3 letra a) y d) y el artículo 5 del Reglamento 4/2009, deben interpretarse entendiendo que “en caso de que ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se interponga un recurso que comprende tres pretensiones relativas, respectivamente, al divorcio de los progenitores de un menor, a la responsabilidad parental respecto de ese menor y a la obligación de alimentos hacia este, el órgano jurisdiccional que resuelve sobre el divorcio y que se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental es competente, sin embargo, para resolver sobre la pretensión relativa a la obligación de alimentos respecto a dicho menor, cuando es también el órgano jurisdiccional del lugar de la residencia habitual del demandado o el órgano jurisdiccional ante el que este ha comparecido, sin impugnar su competencia.”

En materia de residencia habitual a la que se hace referencia en el artículo 7 primer apartado del Reglamento 2019/1111, es de relevancia la sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 17 de octubre de 2018³⁴⁵ que se plantea el supuesto de si la presencia física es un elemento constitutivo, un elemento esencial, para decretar la residencia habitual. En el asunto que estamos examinando, la madre dio luz en un país tercero y se alega que fueron las presiones ejercidas por el otro progenitor las que llevaron a este punto, encontrándose la madre retenida ilegalmente en dicho estado como consecuencia, sin tener ninguna intención común de residir en dicho estado. Por lo tanto, se plantea como segunda cuestión si puede darse una vulneración de los derechos de la madre o del hijo conforme los artículos 3 y 5 CEDH por el hecho que mediante presiones fuera inducida a trasladarse a otro estado y retenida por el padre ilícitamente para dar luz en el mencionado estado.

El tribunal acaba decretando que debe interpretarse en el sentido de que un menor debe haber estado físicamente presente en el Estado miembro para poder

³⁴⁵Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 17 de octubre de 2018. Asunto C-393/18.

considerarlo su residencia habitual. Independientemente que en este asunto hayan existido circunstancias controvertidas, en caso de quedar demostradas las mismas en el litigio principal, y por lo tanto demostrar una vulneración de derechos fundamentales de la madre o el menor, no carecerían de pertinencia en la resolución de la residencia habitual.

El concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros, teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objeto que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia.

Otros Tribunales Supremos europeos han tenido ocasión de declarar que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis, de acuerdo con su finalidad, atiende al lugar en que el interesado ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona (Cass. Civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbraio 2010, n. 2680; Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328).

Esta residencia habitual a la que se refiere el Reglamento no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla, el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar³⁴⁶. En este sentido, resulta interesante hacer especial mención a lo recogido en TS (Civil), sec. 1ª, S 21-11-2017, n.º 624/2017, rec. 2202/2016.

³⁴⁶Cour de cassation française, Premier Ch. civ. 1, 14, décembre 2005, nº, pourvoir 05-10951.

Siguiendo con la residencia habitual, la sentencia del tribunal de justicia, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2022³⁴⁷, se plantea el supuesto dónde dos menores retenidos ilícitamente en Polonia, con una resolución judicial que ordena su restitución al Reino Unido, puesto que la residencia habitual sigue encontrándose en ese estado. Sin embargo, no se restituyeron los menores y se interpuso una reclamación de pensión alimenticia mensual a favor de los dos menores, a lo que el deudor se personó en el proceso sin proponer una excepción de incompetencia. La ley polaca solo se aplicaría si los menores hubieran adquirido la residencia habitual en Polonia al residir allí desde del 2017 lo que justificaría que la ley aplicable pudiese determinarse con arreglo al Protocolo de la Haya artículo 3 apartado 2³⁴⁸. Pero se plantea si no debería interpretarse en virtud del artículo 10 del reglamento 2201/2003 que se opone a que la competencia judicial en materia de responsabilidad parental se transfiera al estado miembro en el que el menor tenga su nueva residencia habitual, en caso de traslado o retención ilícito de ese menor en ese estado miembro.

No se encuentran normas específicas que vinculen la residencia habitual y la competencia judicial en materia de obligaciones alimenticias y la ley aplicable en materia de estas mismas cuando el acreedor de alimentos es un menor retenido ilícitamente en un estado miembro. A lo que el Tribunal de Justicia acaba declarando que según el artículo 3 del protocolo de la Haya a efectos de la determinación de la ley aplicable a la reclamación alimenticia de un menor trasladado por uno de sus progenitores al territorio de otro estado miembro debe interpretarse que el hecho de que un órgano jurisdiccional de ese estado haya ordenado, en la substanciación de un procedimiento distinto, la restitución del

³⁴⁷Tribunal de Justicia (Sala Cuarta). Sentencia de 12 de mayo de 2022. Asunto C-644/20.

³⁴⁸Protocolo 39 de la Haya, de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, *Hague Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor en España, el 18 de junio de 2011. Estados parte, 28. Artículo 2: En caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

menor al estado de residencia habitual, no es suficiente para impedir que el menor pueda adquirir la residencia habitual en el territorio de ese estado miembro.

En materia de sustracción internacional de menores encontramos dos asuntos que se acumularon en lo relativo a la restitución al Reino Unido de tres menores a los que los progenitores afectados trasladaron a Irlanda. El marco normativo de aplicabilidad aquí es por un lado en derecho internacional el Convenio de la Haya de 1980 y sobre el derecho de la Unión Europea hacer mención del reglamento 2201/2003. Se alegó que se trasladó a los menores indebidamente fuera del estado de su residencia habitual incumpliendo una resolución judicial dictada por el estado de la residencia habitual, en estos casos se plantean distintas cuestiones.

Se planteó la cuestión de si podría la autoridad pública solicitar la ejecución de una resolución judicial de restitución al país de los menores ante los órganos jurisdiccionales de otro estado miembro o bien eso supondría un fraude de ley. El Tribunal de Justicia declara en este sentido que según las disposiciones generales del reglamento 2201/2003, que cuando se alega un traslado ilícito de menores, y tenemos una resolución de restitución de dichos menores dictada a raíz de una resolución relativa a la responsabilidad parental por un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que tenían la residencia habitual, se puede declarar ejecutiva en el estado de acogida.

La segunda cuestión planteada debate sobre si en virtud del artículo 33 apartado 5 del reglamento 2201/2003 se puede ampliar el plazo cuando el retraso sea mínimo y dicha ampliación sea concedida por el derecho nacional, a lo que el tribunal resuelve que en este sentido el órgano jurisdiccional que conoce del recurso no puede prorrogar el plazo del mismo establecido en el reglamento.

La tercera cuestión plantea el hecho de que cuando una autoridad pública extranjera traslada los menores que son objeto de la controversia, fuera del territorio de un estado miembro, en virtud de una resolución dictada ex parte pero antes de que sea notificada a los padres, privándolos así de su derecho a solicitar la suspensión de la resolución hasta que no se resuelva el recurso,

menoscabaría el contenido esencial del artículo 6 de la CEDH, debiéndose de prorrogarse el plazo para recurrir, y el tribunal resuelve que no se opone a que se adopten medidas cautelares en formas de orden conminatoria prohibiendo a dicho organismo entablar un procedimiento de adopción de menores que residen en dicho estado.

3.2.4.- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos es un órgano que forma parte de forma autónoma de la Organización de los Estados Americanos, (en adelante OEA). La función principal de la Convención no es otra que promocionar y proteger los derechos humanos a lo largo de todo el continente americano³⁴⁹. Actualmente forman parte de la OEA 35 estados miembros³⁵⁰.

La OEA es una organización internacional que fue creada formalmente en Bogotá el 30 de abril de 1948 a través de la adopción de la Carta de la OEA, que proclama los principios sobre los que se funda, esencialmente son los derechos humanos. Así como hace especial mención la Carta de la OEA³⁵¹, las bases son afianzar la paz y la justicia, la seguridad, promover la democracia, asegurar una solución pacífica y erradicar la pobreza crítica.

³⁴⁹Organización de los Estados Americanos, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿Qué es la CIDH?”. Disponible: <<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp>>

³⁵⁰Son parte de la OEA los siguientes estados: República Argentina, Antigua y Barbuda, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa de Brasil, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, República Dominicana, República del Ecuador, República de El Salvador, Estados Unidos de América, República de Guatemala, República de Haití, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Oriental del Uruguay, República Bolivariana de Venezuela, República de Barbados, República de Trinidad y Tobago, Jamaica, Granada, República de Surinam, Mancomunidad de Dominica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Mancomunidad de Las Bahamas, Federación de San Cristóbal y Nieves, Canadá, Belice y República Cooperativa de Guayana.

³⁵¹Carta de la Organización de los Estados Americanos. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C, 1997, art. 2.

A raíz de su creación, se han ido adoptando una serie de instrumentos internacionales formando una base normativa para la promoción y protección de los derechos humanos.

La Carta de OEA, en el Acta Final de la V Reunión de Cancilleres, constituyó en 1959³⁵² como órgano principal la denominada Comisión Internacional de Derechos Humanos que se le asignó la función de observar para confirmar que se estaba velando en los distintos países con los derechos, sería a partir de entonces el encargado de observar, defender y promover los derechos humanos³⁵³, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), instaurada en 1979, que la encontramos situada en San José de Costa Rica, también con el objeto de promover la defensa de los derechos humanos dentro del sistema interamericano, pero ambos órganos siguen formas distintas de llegar a ese mismo fin.

El año 1969 se aprobó la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978, es conocida también por el nombre de Pacto de San José de Costa Rica. Es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que deben ser respetados por los Estados Parte. De la misma manera, la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento contraído.

Por un lado, la CIDH recibe, analiza y debe investigar las peticiones individuales que le llegan en relación con la violación de derechos fundamentales. Al tratarse de un órgano no jurisdiccional, las resoluciones que pueda dictar carecen de obligatoriedad, siendo la encargada de llevar los casos y las denuncias a la Corte Interamericana.

³⁵²La pasión por el derecho, “Diferencias entre la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte interamericana (Corte IDH)”. Disponible: <<https://lpderecho.pe/diferencias-entre-comision-interamericana-cidh-corte-interamericana-corte-idh/>>

³⁵³Tratado Multilateral Interamericanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrito el 27 de febrero de 1967, art. 106.

En cambio, de forma totalmente opuesta, encontramos la Corte³⁵⁴ que sí que es un órgano jurisdiccional autónomo, un tribunal que ejerce funciones jurisdiccionales. El objetivo de este es aplicar e interpretar las disposiciones que establezca la Convención Americana de Derechos Humanos, formando parte de uno de los tres tribunales regionales³⁵⁵ de protección de los derechos humanos.

La Corte Interamericana se conforma como una institución autónoma que tiene como objetivo aplicar e interpretar la Convención Americana. Efectivamente tiene tanto una función consultiva como potestad jurisdiccional, pero solo han reconocido dicha potestad, la fuerza ejecutiva de las resoluciones, un total de veinte estados³⁵⁶. Los instrumentos internacionales que rigen el funcionamiento son tanto la Convención Americana, como un Estatuto que fue aprobado por la OEA, y un Reglamento expedido por la misma Corte. La composición de la Corte es de siete jueces y juezas nacionales de estados miembros de la OEA. El Sistema Interamericano se guía por distintas declaraciones, convenciones y protocolos de los que se derivan mandatos y funciones de los órganos del sistema³⁵⁷, así como las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en materia de derechos humanos³⁵⁸.

³⁵⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, “¿Qué es la Corte IDH?”. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm>

³⁵⁵Forma parte conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

³⁵⁶Los estados que han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son; Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

³⁵⁷En este sentido dichos documentos llevan consigo las funciones que deberá desempeñar dos órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁵⁸Los Tratados Multilaterales que en materia de menores se utilizan en este instrumento internacional son los siguientes; Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación (B-54), Convención interamericana sobre restitución internacional de menores ámbito de aplicación (B-53), Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (B-48) y Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (B-57).

3.2.4.1 Referencias Jurisprudenciales.

Dentro de la jurisprudencia creada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵⁹ que se ha ido creando alrededor a la protección del menor en el ámbito del derecho civil en el ámbito de familia caben destacar algunas sentencias que cuentan con especial relevancia al contener parte de los principios inspiradores de la Convención de los Derechos del Niño y también porque recogen de normativa propia del Sistema Interamericano³⁶⁰ que también tiene como nexo de unión la prevalencia, salvaguarda y protección del interés del niño.

Una sentencia que destacar es el caso Vera Rojas y otros Vs. Chile³⁶¹. En esta sentencia la Corte dictó resolución declarando responsable el Estado de Chile por violaciones a diversos derechos, en particular el derecho a la niñez. Según la aplicación que hace la Corte de la aplicación de la Convención Americana, el artículo vulnerado es el 19, el relativo con los derechos de los menores, así como el artículo 3 en el sentido de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Concretamente el tribunal advierte que *“el interés superior de los niños y niñas constituye un principio regulador de la normativa relativa a los derechos de la niñez que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos. En ese sentido, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*”.

³⁵⁹Suprema Corte de Justicia de la Nación, Buscador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible: <https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda#mapa_listado>

³⁶⁰Documentos básicos en el Sistema Interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp>

³⁶¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021.

Esta resolución alega también la observación 14 del Comité de los Derechos del Niño señalando los parámetros que fija la misma entorno al interés superior del menor reconociéndolo como el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, y estableciendo el interés superior del menor como un concepto triple. Entendiendo el mismo como: un derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene el derecho a que su interés sea considerado preferente a la hora de adoptar decisiones que le afecten, como un principio jurídico interpretativo fundamental, porque la norma debe interpretarse de tal forma que satisfaga aquello que busca el interés superior y finalmente como una norma de procedimiento porque se necesita que se tomen en consideración las repercusiones que pueda tener cualquier decisión que se adopte y que afecte a menores.

Asimismo, el tribunal considera que se debe situar en el centro de cualquier decisión, por parte de los estados, el interés superior del menor, lo constituye como un mandato de priorización de los derechos de los menores frente a cualquier decisión que pueda afectarlos, y fijándolo como una garantía que el estado debe garantizar.

Del mismo modo, alude al artículo 19 de la Convención Americana, que obliga al estado a promover medidas especiales de protección enfocadas a hacer prevalecer y salvaguardar el interés superior del menor, asumiendo esta posición de garante y responsable atendiendo a la especial vulnerabilidad que engloban los menores. Interpretando también esta posición garantista de responsable con la finalidad última de llegar a un desarrollo pleno por parte de los menores de su personalidad y el disfrute de la plenitud de sus derechos.

En el mismo sentido de atribuir esta especial salvaguarda en relación con el interés superior del menor hay el Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador³⁶², en cuanto a la existencia de una obligación por parte de los Estados

³⁶²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia e 24 de junio de 2020.

a escuchar a las niñas y los niños en los procedimientos que les pudieran quedar restringidos o al menos afectados sus derechos, debería ponderarse aquí el interés superior y para llevar a cabo este hecho se deberá escuchar a los menores.

Así mismo, en el Caso López y otros Vs. Argentina³⁶³, párrafo 172, aboga por la prevalencia del interés superior del niño, ya que del mismo modo lo establece también el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, al referirse a que el menor requiere de cuidados, así como el artículo 19 de la Convención Americana, que señala que el menor necesita especial protección.

³⁶³Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019.

CAPÍTULO II: LA INTERVENCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO DE FAMILIA EN ARGENTINA.

SUMARIO: 1. Marco normativo de la protección del menor desde la perspectiva argentina. 1.1. La aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en el derecho argentino. 1.2. Observación General núm. 12/2009. 2. Regulación normativa de la figura del abogado del niño, niña y adolescente. 2.1. La Ley 26.061 de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. 2.2. El abogado del niño y la Ley 26.061. 2.3. La derogación de la Ley núm. 10.903 del patronato. 2.4. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 2.4.1. Principales reformas en materia de familia en el Código Civil y Comercial de la nación. 2.4.2. Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la luz de la reforma. 2.4.3. El principio de autonomía progresiva. 3. Análisis de la figura del abogado de los niños, niñas y adolescentes en Argentina. 3.1. El rol del abogado en conflictos litigiosos entre progenitores. 3.1.1. Capacidad jurídica de las personas: aptitud para ejercer derechos. 3.1.2. Solicitud de alimentos. 3.1.3. Forma de filiación: la Adopción. 3.1.4. Representación, disposición y administración de bienes de los niños, niñas y adolescentes. 3.1.5. Posibilidad de demandar a los progenitores. 3.2. Aplicación práctica del abogado del niño en Argentina. 3.2.1. Cuándo y quién debe designarlo. 3.2.2. Quién puede cumplir esa función. 3.2.3. Edad con la que debe contar el menor. 3.2.4. Rol de las escuelas y los pediatras para designar el abogado del niño. 3.2.5. Qué información debe recibir el menor. 3.2.6. Cómo se realizan las reuniones entre el abogado y el niño. En qué ámbito/contexto. 3.2.7. Qué se le requiere al menor para su defensa. 3.2.8. Abono de honorarios y posible conflicto de intereses entre los progenitores. 3.2.9. La presencia del menor en sede judicial. La figura de los progenitores. 3.3. El asesor de menores y la relación con el abogado del niño. 3.4. Tutor ad litem y la relación con el abogado del niño.

Introducción.

A continuación, se enfoca el presente capítulo en la figura del niño, niña y adolescente, acotándolo al ámbito específico de los procesos de familia y,

concretamente, su aplicación en Argentina. Se realiza un estudio de la visión y del sistema legislativo argentino en relación con la protección de los niños, niñas y adolescentes.

La elección del país no es al azar, Argentina posee un ordenamiento jurídico que tiene similitudes al español, además de que cuenta con la implementación de una figura nombrada el abogado del niño, niña y adolescente la cual ayuda y complementa a que el menor, dentro de los procesos de familia, haga valer sus derechos y que estos protejan sus intereses. Es por ello por lo que, como se verá en próximos epígrafes, se utilizará la institución argentina como inspiración para llegar a formular una propuesta que admita, legislativamente, su incorporación en España con la finalidad de otorgar a los menores ese ámbito de salvaguarda y protección del que siempre se habla, pero que con los recursos actuales no siempre se consigue.

1.- MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DESDE LA PERSPECTIVA ARGENTINA.

Este primer punto se centra en el marco normativo de la protección de los menores en el ordenamiento jurídico argentino. A través del desarrollo del sistema normativo siendo fundamental para que en siguientes apartados queden fijadas las instituciones que lo conforman, pasando a explicar cómo Argentina ha aplicado la Convención de los Derechos del Niño.

1.1.- La aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en el derecho argentino.

Es fundamental partir de tres grandes principios relativos a los derechos de los niños sobre los cuales se asienta el nuevo paradigma de la infancia: 1) interés superior del niño, 2) derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y 3) autonomía progresiva de este. Enfocarse en estos principios

permite descifrar cuáles son los fundamentos que se tuvieron en cuenta a la hora de crear este tratado y, sobre todo, cómo se utilizan e interpretan los mismos en Argentina a la hora de tomar cualquier tipo de decisión relativa a derechos de niños.

Los menores son sujetos de derecho, habiendo dejado de ser meros objetos para pasar a ser titulares plenos de derechos. Son, asimismo, titulares de acciones legales claras y concretas.

Ahora bien, estas acciones y esta autonomía se ejercen de forma “progresiva” lo que significa que la misma dependerá de la evolución de sus facultades y de tener cierto grado de madurez suficiente. A mayor autonomía, menor será la representación que requieran.

Es en este contexto en el que la figura del abogado del niño, niña y adolescente (en adelante, “abogado del NNA”), cobra especial relevancia. Para poder informar correctamente respecto de esta figura, es imprescindible detallar cuáles fueron las etapas de incorporación de la misma y dónde radica su origen: incorporación y puesta en marcha de la CDN de 1989; sanción de la Ley Nacional n.º 26.061 de Protección Integral De Derechos De Niños, Niñas y Adolescentes; reforma del CCCN del año 2015; y sanción de leyes provinciales de Abogado Del Niño (Provincia de Córdoba: Ley 10.636).

A modo de síntesis y como se ha detallado en el anterior capítulo, la CDN es un tratado internacional de la Organización de Naciones Unidas que fue firmado en el año 1989, entrando en vigor en el año 1990. La entrada en vigor de la CDN marcó un cambio ideológico-paradigmático trascendental y de vital importancia, ya que fue en ese momento cuando los niños dejaron de ser propiedad de sus padres para pasar a ser personas, humanas, con derechos propios. Asimismo, este instrumento sentó las directivas para su protección y asistencia de parte de los Estados. Argentina ratificó la Convención en el año 1990 y, en 1994, le otorgó jerarquía constitucional.

En el año 2005 se ratificó la Ley 26.061 de Protección Integral De Derechos De niños, niñas y adolescentes que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Asimismo, como elemento central de la normativa argentina, resulta fundamental mencionar que, en el año 2015, se reformó el Código Civil. Ello cobró especial relevancia en el ámbito legal ya que el antiguo Código había quedado ajeno a todos los cambios y avances que se iban produciendo en la sociedad y, sobre todo, en materia de las relaciones familiares.

Como cambios fundamentales incorporados con la reforma cabe mencionar: la sanción del matrimonio igualitario en el año 2010 (Ley 26.618); el reconocimiento de las diversas formas familiares más allá de la figura típica del matrimonio, como por ejemplo las uniones convivenciales y/o las familias ensambladas; el reconocimiento normativo de la figura del “progenitor afín” como cónyuge o conviviente de la persona que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña y adolescente; la simplificación del proceso de divorcio, eliminando la necesidad de probar causal para poder solicitarlo, siendo el mismo encausado; la posibilidad de los contrayentes del matrimonio de optar por el régimen patrimonial matrimonial que más les convenga, entre otros.³⁶⁴

Resulta fundamental dejar sentadas estas bases a partir de las que se han ido creando alrededor de los grandes principios en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes ya que es esto lo que va a permitir llevar a cabo una descripción de la figura y las practicas cotidianas de quienes se desempeñan en este campo, concluyendo cuáles son las deficiencias y obstáculos que se pueden encontrar al planificar políticas de protección desde una perspectiva de derechos.

³⁶⁴M. Herrera, S. Picasso, G. Caramelo, *Código Civil y Comercial De la Nación Comentado* (Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015), 9-10.

La Convención de los Derechos del Niño es el instrumento protagonista que contiene la máxima protección de derechos de los niños a nivel global y ello porque ha sido el tratado más ratificado de la historia, el que mayor aceptación y consenso ha tenido.

Constituye un punto de referencia en común entre los gobiernos que la aprobaron y aceptaron, quienes están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas mismas de la Convención. Asimismo, deberán abstenerse de adoptar cualquier medida que pudiera conculcar el ejercicio pleno de todos esos derechos. Se crea un consenso entre los diferentes sistemas jurídicos y las diversas culturas en relación con los parámetros y directrices básicas que deben regir en torno a la protección de la infancia, niñez y adolescencia.

La Convención, implicó para entonces una “nueva” perspectiva sobre la infancia ya que niños, niñas y adolescentes dejaron de ser propiedad de sus padres, cosas, objetos para pasar a ser individuos, seres humanos, miembros de una familia y comunidad con derechos y obligaciones propios de su edad y grado de madurez. Hoy el niño es un ser humano y, como tal, cuenta con un sistema de protección integral de sus derechos que lo respalda. Si bien, se trata de deberes y derechos recíprocos por lo que, al mismo tiempo de otorgarle derechos a los niños, convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades y, su principal responsabilidad y obligación, es hacer que esos derechos sean respetados.

En el derecho contenido en el artículo 12 de la citada Convención, resulta importante precisar al tratarse del objeto de investigación: *“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. 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.*³⁶⁵

La CDN, en el derecho argentino, conforma el bloque de constitucionalidad de tratados “abiertos” por la posibilidad de incorporar nuevos tratados en la materia con jerarquía constitucional contenidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (en adelante CN).

Esto significa que se encuentra diagramada la pirámide normativa, ubicando en el primer nivel jerárquico la *Constitución Nacional* con sus 129 artículos, pero además y, junto a ella, con la misma jerarquía constitucional, se ubican los *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos* (Tratados, Pactos, Convenciones, etc.) que enumera el inc. 22 del art 75 CN.

En el segundo nivel jerárquico se ubican los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede, atendiendo a la jerarquía superior a las leyes nacionales, reconocida por la Constitución, como así también, en los casos de tratados de integración, no sólo el derecho originario del tratado sino toda la normatividad secundaria o derivada del tratado, necesaria para llevar a buenos logros, el complejo proceso de la integración regional.

En tercer y cuarto lugar de la pirámide encontramos las leyes nacionales sancionadas por el Congreso de la Nación y otras normas nacionales (reglamentos, decretos, resoluciones, etc.), respectivamente.³⁶⁶

³⁶⁵España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

³⁶⁶N. Lloveras, “Capítulo I, El Derecho Constitucional de las Familias”, en *Manual De Derecho De Las Familias* (Córdoba Capital: Editorial Mediterránea, 2016), 80-83.

1.2.- Observación General núm. 12/2009.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General n.º 12/2009, interpreta con mayor profundidad el artículo mencionado en el párrafo anterior, lo que permite una mejor comprensión del mismo. Los Estados parte *“garantizarán”* este derecho, lo que implica que tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que le afectan y tener en cuenta esas opiniones.

“En condiciones de formarse un juicio propio”, estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados parte de evaluar la capacidad del niño y de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados parte deben partir de la premisa de que un niño es capaz de formarse sus propias opiniones y expresarlas. El niño no debe probar su propia capacidad. Es este sistema el que ha adoptado el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, materia que se desarrollará más adelante.

“El derecho de expresar su opinión libremente”, sin presión ni influencias indebidas, el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás. Para ello, los niños deben estar informados sobre los asuntos, las opciones y posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.

“En todos los asuntos que afectan al niño” el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.

“Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad

biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Aquí radica la importancia de que el abogado del niño esté formado de manera interdisciplinaria. No puede ser un mero abogado, sino que debe formarse en otras disciplinas para poder asesorar al niño desde diversas perspectivas, cuestión que se irá desgranando a lo largo de la presente investigación.

El derecho a *"ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño"* aquí el Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones. Se incluyen, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño.

"Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado" y es aquí donde radica el asunto con más trascendencia de la comparativa en derecho de familia internacional entre Argentina y España.

El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos civiles, penales o administrativos hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio, el/los progenitor/es. Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que este transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones.

El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso de resultar necesario) conforme a su situación particular³⁶⁷.

Si el niño ya cuenta con un abogado designado, lo lógico es que no se le someta a exploraciones, ya que, a partir de la designación de su abogado, deja de ser un mero testigo para pasar a ser parte en el proceso. Adquiere calidad de “parte”, por lo que no se le escucha a través de “exploraciones”, sino de “audiencias”, como ocurre con todas las partes del proceso en Argentina.

Tal y como determina Lamberti al referirse específicamente a la forma de las entrevistas o exploraciones y su opinión al respecto:

*“Al no tener un abogado designado en el proceso, lo que ocurre es que lo citan a una audiencia para ser escuchado, pero sin abogado o abogada, el juez se convierte en amo y señor de todo lo que ahí sucede. Si bien citan a alguien de un equipo técnico (psicólogas), nada de lo que ocurre en esa audiencia queda en un acta. No se transcribe la literalidad de lo que el niño expresó, del modo en que lo expresó, en qué circunstancia lo dijo, o en qué contexto lo dijo, entonces después muchas resoluciones y sentencias dicen: luego de haber escuchado al niño y advirtiendo que su pretensión es tal, se resuelve tal cosa. Pero qué dijo, cómo lo dijo, cuándo lo dijo, qué posibilidades de cuestionar eso tiene el niño. Muchas veces pasa que el niño dice: yo no dije esto, porque resolvió así si yo le dije otra cosa. No hay nada donde quede una constancia. Entonces si bien su derecho a la intimidad puede ser resguardado de este modo: se hace un acta, se transcribe todo lo que el dijo y pidió y se le pregunta al niño si él quiere que se incorpore al expediente o que se reserve en Secretaría. Se puede reservar y nadie tiene acceso, pero llegado el momento si hay algo que cuestionar se puede pedir que eso se desarchive. Todas estas cuestiones que son garantías no aparecen. Es una cuestión mágica porque nunca se sabe qué es lo que pasa ahí adentro cuando lo están escuchando. Entonces darles una garantía como a cualquiera de las otras partes implica que no son cosas disponibles, sino que son sujetos con derechos que los ejercen de manera efectiva”.*³⁶⁸

³⁶⁷Comité de los Derechos del Niño: Observación general núm. 12 (2009), compendio de observaciones publicadas por Unicef, pp. 203 a 212. Véase: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

³⁶⁸Lamberti, V., en entrevista personal realizada el día 23/10/2020. Véase: anexo entrevista. Primera Letrada argentina en representar a una niña víctima en los Tribunales. Además, colaboró con el proyecto de Ley del Abogado del Niño, Niña y Adolescente. Firme defensora de los menores, entiende que deben escucharse sus intereses y poder acceder de modo estratégico a los Tribunales y que sus derechos sean considerados.

2.- REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

A continuación, se trata la regulación normativa del abogado del niño, niña y adolescente. Se incide en la ley 26.061 de protección integral de los niños, niñas y adolescentes ya que es trascendental en la regulación de esta institución. Se recogen también las principales reformas que ha ido atravesando el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia y cómo, a raíz de la misma, quedan los derechos de los NNA.

2.1.- La Ley 26.061 de protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

El cambio de paradigma en lo referente a políticas de la infancia iniciado por la CDN fue receptado y acatado por la República Argentina, quien inició un largo proceso de adecuar su normativa interna a las obligaciones contraídas frente a otros Estados mediante la suscripción de pactos internacionales. Anteriormente, se ha hecho referencia al proceso de jerarquización de la CDN, como primer paso dentro del largo proceso del cumplimiento del Estado Argentino de correlación tratado internacional-normativa interna.

Como segundo paso y siguiendo el orden de jerarquía/pirámide legal, la Cámara de Diputados y Senadores aprobó en el año 2005 la ley 26.061 de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes que en su artículo 1 establece su objeto: *“tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y de los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.”* Esto ha implicado el pasaje del

paradigma de la situación irregular al paradigma de la protección integral³⁶⁹. La mencionada ley, declara que es de aplicación obligatoria la Convención de los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

Asimismo, ratifica la obligatoriedad del respeto de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos y que su opinión sea tenida en cuenta, al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, a tener en cuenta su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, al equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, al respeto a su centro de vida. El centro de vida se entiende como la residencia habitual o el lugar donde las niñas, niños y adolescentes han transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Los derechos y garantías contenidos en la ley n.º 26.061 son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles, lo que significa que recepta un conjunto de principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales.

2.2.- El abogado del niño y la Ley 26.061.

En lo que al presente objeto de investigación se trata, la ley N° 26.061 contiene un artículo referido al instituto de la asistencia letrada del niño, niña y adolescente, el cual se transcribe a continuación:

³⁶⁹Argentina. Ley número 26.061 de 21 de octubre de 2005, relativa a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 30.767 de 26 de Octubre del año 2005, art. 1. Véase: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

ARTICULO 27. - Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente*
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte,*
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine,*
- d) A participar activamente en todo el procedimiento,*
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.³⁷⁰*

Estos incisos ponen fin a una vacilante y reprochable jurisprudencia³⁷¹ que negó el derecho de la niña/o y adolescente a tener una posición diferente a la de sus progenitores y a designar abogado propio. Esta actuación se da, en todo acto que los involucre, aunque no sean partes o peticionantes o simplemente afectados, en asuntos civiles y penales. Si no tiene recursos para designar un abogado, deberá proveerlo el Estado.

Esta es la única manifestación que la ley hace respecto de la figura de asistencia letrada especializada en niñez y adolescencia, lo que llevó a la doctrina y sociedad en general a plantearse los siguientes interrogantes: ¿Quiénes pueden actuar como abogados del niño?, ¿Qué formación o capacitación mínima deberían tener? ¿Cómo sería el sistema para su implementación: un organismo autónomo o diferentes fuentes institucionales pueden nuclear este tipo especial de formación profesional? ¿Los niños y adolescentes deberían contar con

³⁷⁰Argentina. Ley número 26.061 de 21 de octubre de 2005, relativa a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 30.767 de 26 de octubre del año 2005, art. 27 Véase: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

³⁷¹Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de mar del plata, Sala II, 11/04/2019, I. R. B. c. D. R. CH. F. M. s/ incidente de modificación de cuidado personal de hijos. Véase: <https://docs.google.com/document/d/1Us9p5rtfjghaBzpdxonOLX6hL59ado0wqMjx7IH0gZs/edit?usp=sharing>

determinada edad para poder actuar con su propio patrocinio letrado? ¿Se trata de una figura destinada a los adolescentes más que a los niños según la clasificación que recepta el Código Civil?, entre otros³⁷², todas estas cuestiones, y otras que se han ido planteando más adelante, se irán respondiendo a lo largo de este segundo capítulo.

2.3.- La derogación de la Ley núm. 10.903 del patronato.

La sanción de la ley integral conllevó la derogación de la ley n.º 10.903/19, designada como “Ley de Patronato”, año 1919. El sistema derogado del patronato puede verse como un sistema diametralmente opuesto al sistema de protección integral, ya que en el patronato los llamados “menores” son objetos de tutela, de corrección, subordinación y control por ser “desviados”, “descarriados”.

Se fue brindando un marco jurídico a la situación de peligrosidad que los menores presentaban, estableciéndose las causales de abandono moral o material por las cuales podían ser separados de su núcleo familiar para su entrega a una persona honesta, pariente o no, o disponerse su internación en establecimiento de beneficencia privado o público o reformatorios exclusivos para menores que antes de la entrada en vigor de la ley no existían, por todo el tiempo que los jueces lo entiendan pertinente, incluso hasta que el menor cumpliera los 21 años.

El propio Dr. Luis Agote en la sesión de la Cámara de Diputados de fecha 28/08/1919 al aprobarse la Ley 10.903 de Patronato de Menores justificó el claro fin de la ley al sostener: *“Yo tengo la convicción profunda de que nuestra Ley falla si no llegamos a suprimir el cáncer social que representan 12 a 15 mil niños abandonados moral y materialmente (que) finalmente caen en la vagancia y*

³⁷²M. Herrera, *Resumen del proyecto de investigación para estudiantes de Maestría (PIM), El derecho a la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de familia: la figura del ‘abogado del niño* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015). Disponible: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_pim_negro.php

después en el crimen". El diputado conservador proponía algo muy simple: "recluirlos en la isla Martín García. Allí hay condiciones suficientes para el alojamiento de 10 mil menores vagabundos", quienes "provistos de elementos de trabajo, y bajo una buena vigilancia moral, se convertirán en hombres buenos y sanos para el país".³⁷³

2.4.- El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

El CCCN reúne las regulaciones en materia civil y comercial en un solo cuerpo legal. Pero hablar del CCCN remite de forma obligada a su historia, para poder comprender que la reforma necesaria realizada en el año 2015 fue producto de un largo período de debate y años bajo la regulación de un Código que había quedado desactualizado frente a los cambios y avances que se producían en la sociedad³⁷⁴. En el año 2015 se reformó el Código Civil, que implicó la derogación total del mismo.

El primer Código Civil en Argentina se ratifica en el año 1869. Fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield. Este ordenamiento legal se aprueba por el Congreso mediante ley n.º 340 "a libro cerrado" es decir, se aprueba sin debate en el Congreso después de que Domingo Faustino Sarmiento y el ministro Nicolás Avellaneda lo enviaran a la Cámara de Diputados³⁷⁵. No es hasta el año 2015, momento en que se deroga el Código Civil de Vélez, cuando se dictaron leyes sucesivas que fueron reformando de forma parcial el Código³⁷⁶.

³⁷³M. C. Zapiola, "La Ley de Patronato de Menores de 1919: ¿una bisagra histórica?", en *Las Infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1890-1960)* (Buenos Aires: Prohistoria, 2010), 117-132.

³⁷⁴M. Herrera, "Principales Cambios en las Relaciones de Familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Disponible: <http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>

³⁷⁵Argentina. Ley 340, 29 de septiembre 1869, en adelante Código Civil de Vélez Sarsfield, publicado en r.n. 1863/69, pp.513.

³⁷⁶En materia civil y, específicamente de familia, las grandes reformas fueron las siguientes:

- 1) Ley de matrimonio civil (1888): el sistema original de Código no obligaba a los católicos a que su matrimonio fuera celebrado ante la autoridad civil. Dispone su aplicación a la totalidad de la población.

-
- 2) Ley de Patronato de Menores n.º 10903 (1919), luego sustituida por la Ley n.º 26061 (2005).
 - 3) Ley de derechos civiles de la mujer: la Ley n.º 11357 (1926), amplió la capacidad civil de la mujer casada.
 - 4) Nombre: la regulación del nombre de las personas había sido librada a la costumbre por el codificador. Los decretos 11609/1943 y 410/1946 regularon esta institución hasta que fueron sustituidas por la Ley n.º 18248, (1968).
 - 5) Ley de adopción: el texto original del código no reguló la adopción, que fue introducida mediante la Ley n.º 13252 (1948), que fue más adelante sustituida por la Ley n.º 19134 (1971).
 - 6) Ley sobre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio: la Ley n.º 14367, (1954), suprimió parcialmente las distinciones entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales.
 - 7) Régimen de menores y de la familia: la Ley n.º 14394 (1954), modificó el régimen penal de los menores, la edad mínima para contraer matrimonio, la simple ausencia y la presunción de fallecimiento, e incorporó el *bien de familia*, inejecutable por deudas posteriores a su constitución como tal. Otra particularidad de esta ley es que en su artículo 31 implementó por primera vez en la legislación argentina el divorcio vincular, en el marco del conflicto entre el gobierno de Juan Domingo Perón y la Iglesia católica. Tras la Revolución Libertadora que derrocó a Perón, el divorcio vincular fue suspendida mediante el decreto ley 4070/1956 y, años después, fue reimplantado por la Ley n.º 23515 en 1987.
 - 8) Consejo Nacional de Protección de Menores de la ley n.º 15244 y n.º 16919.
 - 9) Derecho a la intimidad: Ley n.º 21173 (1975), que incluyó en el código el artículo 1071 bis, que regula dicho derecho.
 - 10) Filiación y patria potestad: la Ley n.º 23264 (1985), equiparó en forma absoluta a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y estableció que la patria potestad pasa a ser ejercida por ambos padres.
 - 11) Eliminación de toda forma de discriminación de la mujer: la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* que así lo dispone fue ratificada por la Ley n.º 23179.
 - 12) Pacto de San José de Costa Rica: la Ley n.º 23504 ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, de gran influencia en los derechos personalísimos.
 - 13) Ley de reducción de mayoría de edad: la Ley n.º 26579 (2009) redujo la mayoría de edad de 21 a 18 años.
 - 14) Matrimonio civil: Ley N.º 26.618 de la reforma del matrimonio civil, que consistió en el reemplazo de las palabras “marido” y “esposa” por las palabras “cónyuges” y “contrayentes” otorgó la posibilidad de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo. Fue promulgada en la madrugada del 15 de julio de 2010.

Ley 17.711: Esta ley buscó mantener “la parte buena” del Código de Vélez y sólo reformar lo que fuera necesario, así como también aprovechar la ocasión para subsanar los defectos más llamativos e incorporar institutos revolucionarios. No fueron tantos los cambios que se produjeron en materia de familia, por lo que sólo mencionaré los siguientes cambios en materia de sucesiones intestadas y divorcio: la presunción de aceptación de la herencia con beneficio de inventario, la reducción de la vocación hereditaria del sexto al cuarto grado de parentesco la situación del cónyuge culpable y del inocente, y, en materia de divorcio se incorporó la posibilidad del divorcio por presentación conjunta entre ambos cónyuges, ya que hasta entonces sólo se preveía el divorcio contradictorio. BUDANO ROIG, A.R., “La Ley N.º 17.711 Y La Vigencia De Los Principios” Prudentia Iuris, N.º 86, pp. 6-10.

Véase: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2640/1/1488-5210-1-PB.pdf>

2.4.1.- Principales reformas en materia de familia en el Código Civil y Comercial de la nación.

Como se ha mencionado anteriormente, Argentina tuvo que adecuar su normativa interna en virtud de la adhesión que realizó a los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esta adhesión provocó lo que se denomina en la actualidad “constitucionalización del derecho privado”. Esto es, la fusión del derecho público (constitucional), con el derecho privado, civil y comercial. Este engranaje era una deuda que tenía Vélez Sársfield, al crear un Código pura y exclusivamente avocada a las cuestiones privadas.³⁷⁷

Esta deuda fue saldada por el Código Civil y Comercial en 2015, Código que se encuentra atravesado por los derechos humanos ya desde su artículo primero, el cual establece: *“Fuentes y aplicación: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”*³⁷⁸.

Para poder comprender la importancia de construir un Código sobre bases constitucionales y convencionales, resulta útil acudir al “Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación” (2012), donde quedan reflejados los valores axiológicos que lo sostienen. Es un Código con identidad cultural latinoamericana, con constitucionalización del derecho privado, un código de igualdad y basado en un paradigma no discriminatorio, de derechos individuales y colectivos, y un código para una sociedad multicultural³⁷⁹.

³⁷⁷A. Kemelmajer De Carlucci, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista Jurídica La Ley* (2014), 5. Disponible: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>

³⁷⁸M. Herrera, S. Picasso, G. Caramelo, *op. cit.*, pp. 15-17.

³⁷⁹R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco y A. Kemelmajer de Carlucci, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista del notariado* (2012), 4-6.

En materia de familia y según Lloveras³⁸⁰, las principales reformas inspiradas en los principios de igualdad y no discriminación, realidad, autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, libertad e intimidad, derecho a vivir en familia, solidaridad familiar, reconocimiento de la diversidad de formas familiares, perspectiva de género y protección al más débil, entre otros³⁸¹.

2.4.2.- Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la luz de la reforma.

El Código Civil y Comercial de la Nación argentina tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico en su lenguaje. Se consideran peyorativos algunos términos que se utilizaban para nombrar realidades aceptadas socialmente, términos que se desarrollan a continuación y que fueron modificados:

³⁸⁰N. Lloveras, *op. cit.*, pp. 54-59.

³⁸¹*En materia matrimonial, se receptan tanto las uniones heterosexuales como homosexuales, en coincidencia con la recepción de la diversidad de formas familiares. Asimismo, en materia de bienes, los cónyuges o convivientes van a poder optar por el régimen de comunidad o separación (matrimonio), o bien celebrar un "pacto de convivencia" (uniones convivenciales), en ejercicio de su autonomía de voluntad. Se reconocen asimismo las uniones convivenciales, tanto heterosexuales como homosexuales, se norman los efectos de la unión y los que se producen al cese de la unión. Las familias monoparentales también se encuentran contempladas en la ley: se resuelve el ejercicio de la responsabilidad parental, el régimen de acciones de filiación, en la adopción se admite la forma unipersonal adoptiva, entre otras. En la familia ensamblada a través tanto del matrimonio como de la unión convivencial, se regula la relación de los padres afines en general y en el derecho alimentario. En materia de divorcio, se eliminan las causales de divorcio y se incorpora la posibilidad de solicitarlo en forma unipersonal, sin la necesidad de la voluntad del otro contrayente, lo que agiliza aún más el proceso de divorcio, al eliminar lo contencioso. En materia de filiación, se consagran y regulan las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como una fuente directa de filiación, en donde el lazo filial encuentra su fundamento en la "voluntad procreacional", que se concreta en la expresión del consentimiento médico que debe prestarse previo a la realización de la práctica médica. En materia de adopción, se incorpora un nuevo tipo: "la adopción de integración", que es la posibilidad concreta de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente y de esa forma otorgar encuadre legal a las familias ensambladas. En materia de responsabilidad parental y derechos de niños, niñas y adolescentes los cambios son sustanciales, tal y como se profundizará a continuación.*

- En el nuevo Código, se incorpora la noción de la coparentalidad. Esta noción tiene relevancia ante la ruptura de la pareja matrimonial o convivencial, dado que es allí el momento en el que se corre el riesgo de que se produzcan los desequilibrios en la estructura familiar.

En el Código anterior, frente a esta situación, se le otorgaba la “tenencia” a uno de ellos, y el otro progenitor ostentaba un lugar secundario. Hoy gracias a la reforma y a un cambio social, el instituto de la tenencia queda en desuso. Esto va acompañado también de la necesidad de modificar los términos y adecuarlos al cambio de paradigma en derechos de niños, niñas y adolescentes: se modifica “tenencia” por “cuidado personal” el cual como regla siempre es compartido, los dos progenitores asumen el cuidado en forma conjunta, los niños no son propiedad de ninguno de sus progenitores y los roles parentales no son derechos absolutos ni poderes. Es un componente esencial del interés superior del niño porque le garantiza mantener un contacto estrecho con ambos progenitores. Sin duda es un cambio cultural-social paradigmático, también acompañado de los avances sociales en materia de perspectiva de género: la crianza de los niños se debe compartir de la forma más armoniosa posible, en conjunto. Si bien, habiendo transcurrido en la actualidad cinco años de la reforma, los operadores jurídicos siguen en constante movimiento en pos de que la sociedad se adecúe a la terminología moderna³⁸².

- Se modifica la concepción de patria potestad por la de “responsabilidad parental”, al considerarse que la patria potestad está centrada en la absoluta dependencia del niño en una estructura familiar jerárquica.
- Se deja de utilizar el término “menor”, y en consecuencia se distingue claramente quiénes son niños, niñas (los que tienen menos de trece años de edad) y adolescentes (los que tienen entre trece y dieciocho años de edad).
- Si bien los términos “padraastro y madrastra”, no eran términos receptados en el Código antiguo, sí se los utilizaba en la sociedad. Se intenta modificar esa costumbre por considerarse que esos términos tienen una

³⁸²N. Lloveras, *op. cit.*, pp. 50-54.

connotación negativa y en consecuencia se instituye la figura del “progenitor afín” (cónyuge o conviviente de la persona que tiene a su cargo el cuidado personal del NNA), otorgándole derechos y obligaciones y roles específicos en la estructura familiar.

- En cuanto al “régimen de visitas” y considerando que, a quien visitamos es a un médico, amigo o pariente, se modifica esta concepción por la de “régimen comunicacional”, lo que se considera más adecuado a la luz del cambio de paradigma de la infancia.

Estos cambios terminológicos acompañan a otras modificaciones concretas en materia de derechos.

2.4.3.- El principio de autonomía progresiva.

Durante años, ha permanecido la regulación del “patronato”, que implicaba que los “menores” al encontrarse en etapa de formación y desarrollo, pertenecían a sus representantes legales. Ellos eran los encargados de ejercer sus derechos, subrogándose en su persona bajo la premisa de la falta de capacidad civil.

Como se ha detallado anteriormente, la sanción del CCCN implicó un cambio paradigmático en cuanto a la forma de entender las relaciones filiales. Se consagra el principio de autonomía progresiva en el artículo 639 inc. B. del CCCN, el cual establece: *“Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”*.³⁸³

³⁸³Argentina. Ley Nacional N° 26.994, 1ero de Octubre del año 2014, artículo 639 Inc. b, (en adelante CCCN), publicada en el *Boletín Oficial*, núm. 32985, del 08 de Octubre del año 2014.

Esto significa que a medida que los niños adquieren mayor capacidad para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, disminuye en la misma forma la representación y necesidad de orientación de sus progenitores. La capacidad no depende exclusivamente de una cuestión de edad, sino que debe ir acompañada de su “grado de madurez”, cuestión que se evalúa desde diversas disciplinas. Por ejemplo, puede suceder que un niño de ocho años tenga mayor grado de madurez que un adolescente de quince.

El artículo clave para entender el principio de autonomía progresiva es el artículo 26 del CCCN:

“Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. No obstante, el que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.³⁸⁴

De esta forma, queda claramente establecida la regla de la autonomía progresiva y se establece que, como regla, los NNA ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, en ciertas situaciones y cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente, pueden ejercer por sí sus derechos. Ahora bien, frente a situaciones de conflicto de intereses con sus progenitores, pueden solicitar asistencia letrada.

³⁸⁴Idem.

Asimismo, el artículo establece la presunción de que los adolescentes entre trece y dieciséis años, pueden decidir por sí respecto de tratamientos no invasivos como vacunación o extracción de sangre, entre otros. Si se trata de tratamientos invasivos, deben prestar su consentimiento con la asistencia de progenitores. Esto último significa que el adolescente mismo es el que debe consentir su propio tratamiento, y esto no es una cuestión menor. A partir de los 16 años el adolescente es considerado como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo³⁸⁵.

Por lo anterior, resulta importante manifestar el gran acierto de la reforma del Código Civil del año 2015 en materia de derechos del niño, niña y adolescente fue su adecuación a las normas convencionales y, en consecuencia, la recepción expresa del principio de autonomía progresiva, delimitando claramente en qué casos y bajo qué modalidades los niños pueden ejercer los actos por sí, y en qué situaciones, deben requerir el asentimiento de sus progenitores o en su caso la autorización judicial, siempre dejando a salvo dos cuestiones: 1) la posibilidad de evaluar en función del caso en concreto, si determinado niño puede o no tomar sus propias decisiones en los actos que le atañen y 2) la posibilidad de requerir asistencia letrada, en caso de conflicto con sus progenitores.

3.- ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL ABOGADO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN ARGENTINA.

El objeto del presente apartado es profundizar en la figura del abogado de los NNA, fijando el rol que tiene atribuido en los conflictos para determinar en cada supuesto concreto cuál es la función concreta que realiza. En el mismo sentido, determinar la aplicación que tiene dicha figura en la práctica, saber cuándo se designa, sus funciones, cómo se abonan los honorarios, qué se requiere para la defensa del menor y la información que debe recibir el mismo.

³⁸⁵A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, E. Lamm, y S. Fernández, "El Principio de Autonomía Progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas Para su Aplicación" Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina (2015), 1-4.

Seguidamente, se distingue entre dos instituciones que son diferentes a la figura del abogado del niño, niña y adolescente; el tutor ad litem y el asesor de menores.

3.1.- El rol del abogado en conflictos litigiosos entre progenitores.

El presente epígrafe trata, principalmente, de las funciones que desempeña el abogado de los NNA dentro de los conflictos litigiosos que tengan lugar entre los progenitores y en los que los menores se encuentran directamente inmersos. Se hará énfasis en las materias en las que, el rol que el abogado, resulta fundamental. Además de incidir en la posibilidad de que sea el menor quien pueda demandar a sus progenitores, así como a la libertad que se atribuye a los adolescentes para intervenir en un proceso de forma conjunta con los progenitores o bien, la alternativa de intervenir de forma autónoma.

3.1.1.- Capacidad jurídica de las personas: aptitud para ejercer derechos.

Respecto de la capacidad de las personas, cabe hacer especial mención al Art. 31 del CCCN, el cual enumera las reglas generales de la restricción de la capacidad jurídica. En el inc. “e”, se establece lo siguiente: *“la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios”*.

Según Herrera, Caramelo y Picasso objetan el meritado artículo en el sentido de que: *“El derecho a la participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada son tratados en el CCyC³⁸⁶ como regla general, en el inciso en comentario, y también como un derecho específico, al reconocer a la persona*

³⁸⁶CCyC nombrado en este texto como el CCCN, Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

concreto carácter de parte en el proceso (art. 36). A este fin, el CCyC asegura las garantías de inmediatez con el juez de la causa y la asistencia letrada (art. 35). Remitimos a los comentarios de estas normas.³⁸⁷ Respecto al ejercicio de los derechos de las personas menores de edad cabe remitirse al anterior epígrafe 2.4.4.- del presente estudio, donde se hace referencia al artículo 26 CCCN.

“1º) Que los agravios de la apelante vinculados con su intervención en el presente proceso en carácter de parte, han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fisca, cuyos fundamentos esta Corte comparte ya los cuales se remite, en lo pertinente, en razón de brevedad.

2º) Que, en efecto, la circunstancia de que no resulte menester, en el subexamine, que la menor intervenga en las actuaciones en carácter de parte dadas las particularidades que presenta el caso, no resulta óbice para que pueda ejercer su derecho a ser asistida por un letrado que represente sus intereses en los términos de los arts.12, inc.2, de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27.inc.c, de la ley 26.061 y 27 de la reglamentación aprobada por el decreto 415/2006.

3º) Que, en tal sentido, cabe recordar que esta Corte Suprema ha señalado que la Convención sobre los Derechos del Niño ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática (Fa-1105:331:2691).

Sobre esa base, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, debe ser interpretada no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

En este sentido, es necesario tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (conf. Fallos: 310:195; 320:2701 ; 321:2453 ; 324:1481; 329:5826; 330:304 , entre otros). Y comprende, además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos:292:211; 297:142; 307:2053 y 2070).

³⁸⁷M. Herrera, S. Picasso, G. Caramelo, *op. cit.*, p. 82.

En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia.

4º) Que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque estos sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 330:4544 y 331:2628, entre otros).

5º) Que, sentado ello, habida cuenta de que la menor M.S.M. tiene a la fecha más de 14 años de edad y de que a fs. 322 del expediente principal obra la renuncia al patrocinio de la letrada por ella elegida, sin que existan constancias de una nueva designación ni manifestación alguna de la peticionaria en ese sentido, resulta innecesario examinar si al momento de elegir a su letrada se hallaba capacitada para hacerlo; sin perjuicio de que, en las actuales circunstancias, no se advierta óbice a ello en la normativa aplicable.

6º) Que finalmente, solo a mayor abundamiento, habida cuenta de que las circunstancias fácticas y jurídicas de ambos casos difieren sustancialmente, cabe indicar que la decisión a la que se arriba en la presente causa en modo alguno se opone a lo resuelto en el precedente G.1961.XLII «G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular» sentencia del 26 de octubre de 2010, Ello es así pues, en este último no fueron las niñas involucradas las que se presentaron con letrado patrocinante elegido por ellas sino que fue el Tribunal quien, al hacer lugar a una medida sugerida por el señor Defensor Oficial, solicitó a juez de la causa que procediese a designarles un abogado especializado en la materia para que las patrocine. Por lo expresado, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja deducida por la señora Defensora de Cámara, formalmente admisible el recurso extraordinario deducido a fs. 287/300 vta. y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Sin expresa imposición de costas atento a las particularidades del caso. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvanse las actuaciones.”³⁸⁸

Por tanto, se parte de la adecuación del derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño en su capacidad de ejercicio. Resultan constantes las referencias a la idea de edad, al grado de madurez, a la previsión y a la determinación de las restricciones a la capacidad y, sobre todo, a la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de los menores. En este sentido, se sustituye el término de “menor adulto o púber” por

³⁸⁸CSJN en Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M. G. c/ P. C. A. s/, 26/06/2012, Véase: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/28/los-menores-impuberes-son-incapaces-absolutos-no-pueden-designar-ni-remover-un-letrado-patrocinante/>

“adolescente” en virtud de la modificación operada en materia de mayoría de edad.

3.1.2.- Solicitud de alimentos.

Para ahondar en el presente epígrafe, cabe remitirse al Art. 661 del CCCN, el cual hace referencia a la legitimación para solicitar alimentos para los niños, niñas y adolescentes, en sus diversas modalidades. En el Inc. b) se menciona como legitimado activo al *“hijo con grado de madurez suficiente, con asistencia letrada”*. En los demás incisos, se ubican como legitimados activos a: *el otro progenitor en representación del hijo y, subsidiariamente cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.*

Tal como recoge la doctrina³⁸⁹, el inc. b) del art. 661 refiere a uno de los casos específicos en los que, en consonancia con el principio de autonomía progresiva, se le otorga un protagonismo procesal al hijo, en defensa de sus propios intereses. El criterio que usa la norma es el de “madurez suficiente”, criterio que se debe determinar sobre la base de criterios objetivos, subjetivos e interdisciplinarios, en donde intervienen no sólo psicólogos sino también otros especialistas como trabajadores sociales, médicos, psicopedagogos, y en donde se tiene presente el entorno familiar, cultural y social.

“El tema traído a resolver se refiere al desistimiento que S. L. M., hace respecto de un pedido de cuota alimentaria – mayor al solicitado por su progenitor – en contra de su madre A. C. M. Su argumento es que el proceso está dañando su salud mental y que desea correrse de la discusión respecto de sus alimentos. El pedido es avalado por la terapeuta de la adolescente y por la asesora letrada Dra. Graciela Gamboa, quien asiste en su representación. La petición fue efectuada por medio de un abogado del niño, quien también viene a solicitar se regulen sus honorarios profesionales por la asistencia técnica prestada, y además pide que sean impuestos a los padres de S. Los demás argumentos vertidos en ambos planteos se encuentran debidamente transcritos en los vistos de la presente resolución a los que me remito en honor a la brevedad.

³⁸⁹M. Herrera, S. Picasso, G. Caramelo, *op. cit.*, pp. 496-498.

En cuanto al análisis de la cuestión planteada, *“Desistimiento de S. a su solicitud de alimentos. Encuentro razonable el desistimiento de S. Enfrentarse con su madre por una cuota alimentaria que - si bien la involucra y ella pueda creer que es insuficiente - es una discusión que deben dar los adultos; sus progenitores, quienes son los obligados a cubrir sus necesidades básicas. El derecho a los alimentos debe ser considerado no desde la obligación de los progenitores sino desde los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y que la responsabilidad parental involucra la paternidad responsable independientemente de toda clase socioeconómica, por lo cual es condición de aquella la de arbitrar los recursos económicos para que los hijos, niños y/o adolescentes posean los recursos económicos para su desarrollo (cfr. Ghersi, Carlos, “Un excelente análisis económico del derecho de alimentos”- Comentario al fallo “A., K.J. y Otros c/ G.,R.G. s/ alimentos de la CNCIV, Eldial.express, 22 de agosto de 2017, Año XVIII – n.º 4795, www.eldial.com, elDial.com – AAA076). En virtud de lo dispuesto en el art. 658 del CCCN, ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna. El contenido de esa obligación, debe incluir la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Tanto la señora asesora letrada como la terapeuta de S., han manifestado que el proceso resulta dañino para ella y que es necesario que pueda “correrse” de ese lugar. En ese marco, considero que debe tenerse por desistida la petición de la adolescente”*.³⁹⁰

3.1.3.- Forma de filiación: la Adopción.

La adopción constituye una de las tres fuentes de filiación junto con la naturaleza y las técnicas de reproducción humana asistida³⁹¹. Se encuentra regulada a partir del artículo 594 del CCCN, y en su primer capítulo se especifican las disposiciones generales y comunes a todos los tipos de adopción. En el artículo 595 inc. “e”, se dispone que: *“el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.”*

³⁹⁰Juzg. 2º Nom. Civ., Com., Concil. y Flia. Carlos Paz, A. n.º 213, 14/08/2020, “M., A. C. – L., M. G. – Homologación”. Disponible: <https://drive.google.com/file/d/1tjU3j3v444qOwrs6qQxL8XrJnj7og5k/view?usp=sharing>

³⁹¹Andrea S. Kowalenko, en Lloveras, N., *op. cit.*, nota 5, p. 503

Este derecho a ser oído, convencional y constitucional, es un derecho que se efectiviza no sólo con el mero hecho de oír a una persona sino también a partir del ejercicio de la “escucha activa” que implica mirar al niño, preguntar, generar el ámbito adecuado de confianza, observar, generar las herramientas necesarias para canalizar su voz, sus sentimientos y emociones, asistirlos y apoyarlos. Esta obligatoriedad de que los niños mayores de diez años deban prestar su consentimiento respecto de su propia adopción, afirma aún más el principio de autonomía progresiva y respeto de su interés superior.

Debe complementarse con los arts. 608, inc. “a” que establece que *“el procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adaptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada”* y 617 inc. “a”, referido al juicio de adopción: *“Reglas del procedimiento Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas: a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada”*.

“Desestiman recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la familia acogedora mediante acción de Amparo. Ordenan la designación del Abogado del Niño. En la disposición de grado se decidió que M.C.O. quede transitoriamente al cuidado de la aquí amparista Sra. N.A.G., elegida como familia de resguardo por ser “miembro de la comunidad” de la ciudad de Margarita Belén, y por el plazo de noventa días a contar desde el dictado de la resolución. Prorrogada un par de periodos más la medida de guardadores; la Sra. N.A.G. promovió la presente acción de amparo y medida cautelar de no innovar contra las resoluciones adoptadas por la juez interviniente en el expediente de control de legalidad. Manifestó que su pretensión se encaminaba a preservar la vida, centro de vida, legítimos afectos e integridad psicofísica de M.C.O., los que -adujo- podían afectarse si era quitada del único entorno familiar que conoció durante su corta vida.

Designación de abogado del niño. En el contexto ya analizado, esta Sala Primera entiende necesaria la designación de un abogado del niño que represente a M.C.O., conforme lo autorizan el art. 27 inc. c. de la ley 26.061 y artículo 26 del Código Civil y Comercial, y acorde al temperamento adoptado por esta Sala en reiteradas oportunidades (conf. Sent. Nº 247/15 y Nº 98/17) como por nuestra Corte Suprema de Justicia en diversas causas (conf. CSJN, Fallos: 333:2017 y 335:2307).

El letrado tendrá a su cargo instar las acciones pertinentes para la concretización del proceso de vinculación de M.C.O. con los postulantes, colaborando y asegurando que este se desarrolle, en tanto sea posible, de forma gradual y paulatina, procurando preservar la salud física y psíquica de la niña, y requiriendo en caso de ser necesario el debido acompañamiento terapéutico, como la intervención de los organismos no jurisdiccionales que el Poder Judicial

*pone al alcance de la población, para la autocomposición del conflicto. El nombramiento deberá realizarse en primera instancia.*³⁹²

3.1.4.- Representación, disposición y administración de bienes de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de la representación, el CCCN establece claramente en el capítulo 8, Título VII relativo a la responsabilidad parental, la regla general de representación de los progenitores quienes pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume, asimismo, que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada tal y como recoge el Artículo 677³⁹³.

Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 678. En lo que a actos de disposición se refiere, los progenitores requieren autorización judicial para disponer los bienes del hijo. A tenor del artículo 692, los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo.

Asimismo, respecto de la administración de los bienes la regla general es que la misma es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores. Esta disposición se aplica con independencia de que el cuidado sea unipersonal o compartido de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 685. Se exceptúan los siguientes bienes de la administración:

³⁹²Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco (Sala Primera Civil, Comercial y Laboral), Sentencia 15/12/2017, G.N.A. s/ Acción de amparo”, n.º 4574/17-1-F, Véase: <https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3718-ordenan-designar-abogado-especialista-materia-figura-del-abogado-del>

³⁹³Argentina. Ley Nacional número 26.994, *op. cit.*, art. 677.

- a) Los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por este, aunque conviva con sus progenitores.
- b) Los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores.
- c) Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores. (*Artículo 686*).

En caso de graves desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez para que designe a uno de ellos o, en su defecto, a un tercero idóneo para ejercer la función de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 679.

3.1.5.- Posibilidad de demandar a los progenitores.

Asimismo, el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada, según lo recogido en el Artículo 679. El niño puede reclamar por sus propios intereses. Frente a la inacción de uno de los progenitores en ejercer los derechos que le corresponden al niño se puede perjudicar gravemente los derechos económicos de este. En los casos penales, en los que el niño sea víctima, este se puede presentar como querellante de manera autónoma. Asimismo, en los casos de reclamos de alimentos el niño puede solicitarlos autónomamente si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y con asistencia letrada, según lo recogido en el epígrafe 3.1.1.

Por último, el niño puede pedir rendición de cuentas por lo actuado por sus progenitores. El artículo 697 no prevé que el pedido sea judicial, puede solicitarlo el niño a los padres y estos pueden rendirlas. El pedido de rendición de cuentas hace presumir que el niño cuenta con madurez, pero no especifica que esta madurez deba ser suficiente ni hace mención de la edad. Tampoco requiere asistencia letrada para la intervención del niño.³⁹⁴

³⁹⁴Córdoba, M.M. (2015) “¿Pueden los niños otorgar poderes? Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial”

“El actor interpone demanda en contra de su padre J.A.V. solicitando se lo condene al pago de una cuota alimentaria a su favor. A la vez, solicita la fijación, en forma cautelar, de alimentos necesarios equivalente al 15% de los ingresos que percibe el demandado como empleado del Ingenio Ñuñorco - SA SER (escrito de fs. 8/9 y vta.).

La Sra. Juez a quo, atento al carácter en que se presenta el letrado Juan Facundo Masaguer y la resolución que invoca para justificar su actuación como Abogado del Niño/a y Adolescente, dispone mediante proveído de fs. 11 el control constitucional de oficio. Asimismo, ordena se corra vista a la Defensoría de Niñez y Adolescencia a los fines de su intervención reglamentaria por la cautelar requerida (art. 120 CN y art. 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por sentencia N° 701 del 17/10/2019 —fs. 17/18 y vta.— se fijan alimentos provisorios a favor del adolescente C.F.V. por el porcentaje requerido y por el término de 12 meses, en tanto por sentencia N° 753 de fecha 06/11/2019 de fs. 43/53 y vta. —ahora apelada— se resuelve: declarar la inconstitucionalidad de las Resoluciones Nros. 4/2019 y 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa; disponer que la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros continúe ejerciendo la representación del adolescente C.F.V., DNI N° ..., en carácter principal (art. 103 inc. b del Cód. Civ. y Com. de la Nación); exhortar a la Honorable Legislatura de Tucumán a los fines que dicte la norma que regule la figura del Abogado del Niño en real coherencia y consistencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia, ordenando se libre oficio a tal efecto.

Ello sentado, resulta menester señalar que por la mencionada Resolución N° 4/2019 de fecha 01/04/2019 el Ministro Pupilar y de la Defensa crea en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente a fin de que represente los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringida...”
“...Que la cuestión a decidir versa sobre su reclamo de alimentos reglado por el Cód. Civil en sus arts. 658, subsiguientes y concordantes y para hacerlo designó como su letrado patrocinante al Dr. Juan Facundo Masaguer, abogado matriculado y habilitado para ejercer la profesión en el ámbito de la provincia, resultando oportuno aclarar que la circunstancia de pertenecer a la Oficina del Abogado del Niño, Niña y Adolescente no

*implica restringir la libertad en el ejercicio de la profesión y de elegir la estrategia procesal que su abogado estime pertinente.*³⁹⁵

3.2.- Aplicación práctica del abogado del niño en Argentina.

La aplicación práctica del abogado del NNA, deviene necesaria y se va implementando de forma progresiva a través del tiempo, con la función primordial de asesorar a los niños, niñas y adolescentes en la efectivización de sus derechos y garantías.

3.2.1.- Cuándo y quién debe designarlo.

El primer interrogante es si corresponde designarlo siempre, o sólo en cuestiones conflictivas. Tomando como punto de referencia la normativa del artículo 26 del CCCN, se observa que la norma es clara: sólo interviene en caso de conflicto de intereses entre los NNA y sus representantes legales. Si bien es lógico que corresponda designarlo en situaciones conflictivas, parte de la doctrina³⁹⁶ afirma que: *“no sería respetuoso de los derechos de los niños establecer límites que no encuentran sustento constitucional.”* Asimismo, García Méndez³⁹⁷, al comentar la redacción del Anteproyecto de Código Civil, sostuvo que el art. 26 *“se limita a reconocer la figura del abogado del niño solo en casos de conflicto de intereses con los padres, lo que constituye una contradicción con la normativa internacional y nacional que consagran la figura del abogado del niño con extensión a todos los supuestos en que se encuentren en juego sus derechos”*.

³⁹⁵Cámara de Apelaciones en lo Civil de Concepción (Argentina). Resolución del 20 de febrero de 2020, V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos. (Rec. de queja por apelación denegada).

³⁹⁶C. Leonardi, “El Derecho De Los/as Niños/as A Contar con Un Abogado/a A Propósito de la Ley Provincial 14.568”, *Boletín digital “Errenews”* (2014), 4.

³⁹⁷García Méndez, “El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a a propósito de la ley provincial 14.568”, *Revista Niños, Menores e Infancias* núm 9 (2014): Véase:http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/44811/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Considerando esta premisa, Belluscio ³⁹⁸, en una conferencia en la cual disertó en redes sociales, dejó claras las posibilidades prácticas concretas en las cuales puede tener intervención el abogado del niño:

- i. El niño puede reclamar, a través de su abogado, la cobertura de otros gastos que hacen a sus necesidades habituales y que no habían sido reclamados por la madre como su representante legal en el caso de alimentos.
- ii. En el supuesto de divorcio, y más allá de las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, siempre que haya hijos menores de edad se deberán exigir los acuerdos o convenios reguladores a fin de que los intereses y derechos de aquellos sean contemplados en el proceso de divorcio por los progenitores.

Si los progenitores no presentan convenios al respecto, por ejemplo, el de alimentos, será el niño o niña, a través de su abogado, quien lo solicite. Es en los convenios reguladores en los cuales se tendrán que hacer valer y preservar los derechos de los hijos menores de edad. Por ejemplo, que en el convenio del régimen de comunicación se respeten los días y horarios en que realiza una actividad recreativa o deportiva o se reúne con sus amigos. Por otra parte, oponerse a los convenios reguladores que avasallen los derechos de los hijos. Por ejemplo, cuando se intente compensar los alimentos de aquellos con bienes gananciales.

- iii. Cuidado personal unilateral: la exigencia del Código Civil y Comercial de la Nación respecto a requerir siempre la opinión del niño en estos supuestos se podría viabilizar a través del abogado del niño.
- iv. En el supuesto de que exista un régimen de comunicación fijado el niño, a través de su representante legal, podría exigir que se cumpla con el deber que tiene el progenitor de mantener una fluida

³⁹⁸Belluscio, C.A., en “El abogado del niño en los procesos de familia”. Conferencia brindada en Facebook en el marco de *Derecho de Familia según el Nuevo Código* (2015).

comunicación con el hijo de acuerdo con lo contenido en el art. 652 del CCCN.

- v. Asimismo, en caso de establecimiento del régimen comunicacional mediante demanda judicial solicitado por los progenitores, se deberá respetar la voluntad de los progenitores siempre y cuando ello sea también lo más conveniente para el menor, y no se oponga a los intereses de este.
- vi. Es decir, que habrá que conjugar el interés de los progenitores con el interés del hijo. Si esto último no sucede, el niño, niña o adolescente a través de su abogado deberá oponerse a tal régimen aduciendo y acreditando los motivos para ello.
- vii. En el caso de existencia de un plan de parentalidad, el CCCN exige que “se procure la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación”. Por lo tanto, esta participación se podría viabilizar a través de su abogado.
- viii. El traslado del menor, de su residencia habitual para fijar una nueva residencia en otro lugar, de considerable distancia geográfica respecto del anterior, trae aparejados inconvenientes para la prosecución del contacto entre el padre no conviviente y su hijo, siendo un tema que se verifica con bastante frecuencia en nuestra jurisprudencia. De darse esa situación, el interrogante surge en cuanto al probable impedimento de contacto que el progenitor conviviente con el hijo efectúa con tal actitud, en detrimento del contacto del otro progenitor con el menor, más aún, cuando se trata de un traslado a otro país.
- ix. Ante tal situación, cabe analizar si el hijo que tiene fijado el régimen de comunicación se puede oponer a su traslado del lugar donde tiene su centro de vida, a través de la actuación del abogado del niño. En conclusión, limitar la figura del abogado/a del niño/a al caso estipulado se aparta de los estándares en materia de derechos humanos de los niños.

En el supuesto de que exista un conflicto judicial o administrativo en contra de los propios progenitores, el principio “no escrito” y avalado por jurisprudencia, quien debe designar la defensa es el propio niño, niña o adolescente ya que de

esa forma se mantiene su autonomía, evitando poder estar influenciado por sus propios progenitores. *“El abogado de los niños no puede ni debe pertenecer a la órbita de influencia de alguno de sus padres, y mucho menos que ese progenitor acuerde y negocie privadamente con aquel los honorarios que abonara por su labor”*.³⁹⁹ Asimismo, nada impide que, en caso de existir conflicto con uno sólo de los progenitores, siempre que el niño tenga la suficiente autonomía y grado de madurez suficiente, pueda él mismo designarlo. Sin embargo, esta situación muchas veces no se da en la práctica, por lo que se faculta al órgano judicial a designar un abogado del niño cuando el mismo juzgado advierta durante el curso de un procedimiento, que puede darse una situación conflictiva entre progenitores y niños, y que ponga en juego el interés superior del niño.

Con respecto a la normativa, la ley 10.636 del abogado del niño de la Provincia de Córdoba, en su artículo 6 establece lo siguiente: *“Designación. La autoridad pública del organismo interviniente en los procedimientos a que hace referencia el artículo 1º de la presente Ley, en su primera actuación, informará a la niña, niño o adolescente de su derecho a designar un Abogado del Niño que lo represente. La designación se realizará por sorteo entre los inscritos en el Registro Provincial de Abogados del Niño correspondiente al domicilio de la niña, niño o adolescente de que se trate. La niña, niño o adolescente puede elegir un abogado de su confianza siempre que el mismo se encuentre inscripto en el Registro Provincial de Abogados del Niño o se inscriba acreditando el cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la presente Ley.”*⁴⁰⁰

Existen provincias de Argentina en las que el Registro de abogados del niño todavía no se encuentra implementado, pero sí en vías de implementación, como por ejemplo la provincia de Córdoba. Por ello ha sido imprescindible para la presente investigación, acudir al Registro de las provincias en las que sí se encuentra en funcionamiento para detallar la praxis de la figura en cuestión:

³⁹⁹Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala B). Sentencia AR/JUR/3038/2009, del 19 de marzo de 2009. Disponible: https://docs.google.com/document/d/1I81MylCB2a_UsxtwkaIY2xzwT-Ns66RB_wXpvZGFsQ/edit?usp=sharing

⁴⁰⁰Argentina. Ley provincial núm. 10636 de Abogado Del niño, niña y adolescente, artículo 6, *Boletín Oficial*, núm. 126, de 5 de Julio de 2019.

- No existe una “bolsa” de abogados del niño y se adjudica de forma aleatoria siempre que sea un defensor público. Si bien, no existe esta división tajante entre abogado del niño “público vs. privado”. Esto significa que la situación ideal es que todos los abogados que se deben inscribir obligatoriamente en el Registro ejercerán su función en forma liberal.
- Es imprescindible que los letrados se inscriban en el Registro de Abogados de NNA porque se le exigen conocimientos particulares y capacitaciones específicas, al considerar al menor un sujeto vulnerable y al necesariamente tener que tener un control sobre dicha actividad.
- En situaciones específicas es el propio menor quien puede designar a un abogado de confianza, que no se encuentre inscrito en tal Registro. La idea es que se pueda inscribir el letrado al sólo efecto de una causa particular, si es que así lo necesita.

Asimismo, es importante acudir a lo mencionado por la primera Letrada en defender a una menor en los Tribunales, Lamberti, quien sostiene: *“Hay un registro porque tiene que haber un semillero, un lugar a donde ir a buscarlos, un lugar en donde sepamos que esos abogados y abogadas están preparados para trabajar con NNA, además de ser competente en derecho de familia, penal y laboral deben tener una formación especializada para poder trabajar con niños y adolescentes. La libertad de elección si yo creo que deben elegir libremente cuando tienen el grado de autonomía y madurez suficiente, pero si no pudieran elegir y designar, se podría hacer un sorteo y que se designe por sorteo. Si el niño no se siente cómodo con ese que le designaron podrá sortearse otro.”*⁴⁰¹

En la práctica, se da la situación de que, al no existir todavía Registro en según qué provincias, como es el caso de Córdoba, se imposibilita el poder designar un letrado al menor. Para estas situaciones, los jueces designan a Asesores letrados que cuentan con el plus de capacitación que se requiere, es decir,

⁴⁰¹Lamberti, V., en entrevista personal realizada el día 23/10/2020. Véase: anexo entrevista.

realizan el sorteo desde la nómina de Asesores letrados. Dicha figura se analizará más adelante.

“Que el abogado del niño o niña debe garantizar, junto a todo el aparato judicial, el interés superior de los niños y niñas teniendo en cuenta los elementos señalados por Rony Eulalio López-Contreras (2015): la expresión y los deseos de los niños, niñas y adolescentes; la búsqueda de un entorno familiar y social que favorezca el desarrollo de su personalidad; y, la valoración de un futuro favorable VII) Que no habiendo a la fecha una nómina correspondiente a los fines de designar la figura del "Abogado del Niño", y debiendo velar por los derechos que le asisten en virtud de las distintas normas internacionales que así lo establecen, teniendo en cuenta como copiosa doctrina así lo ha expresado que “De ningún modo, distintos cuestionamientos o faltas pueden demorar, aplazar o denegar la participación de los NNyA con sus abogados o abogadas, en los procesos en los que ellos y ellas decidan designarlos/as. Que el derecho a participar activamente de los procesos que lo afecten es una garantía procesal del NNA. Y en tanto garantía, resulta facultad de aquéllos designar un abogado y realizar actuaciones procesales, es decir que es un derecho y no un deber o una carga procesal. Empero, en tanto derecho tiene que tener la posibilidad de ejercerlo. (Videtta; 2017; pp. 6-7)”, solicitar se efectúe la designación a través de la Delegación Administración de esta Sede Judicial teniendo en cuenta la nómina de las letradas/os inscriptas/os y en condiciones de ser designados/as Asesores Letrados Ad hoc, que hayan efectuado especialización, cursos y/o posgrado en la materia de niñez, luego de lo cual procedase a su sorteo y designación”⁴⁰².

Como ejemplo de un Registro que ya se encuentra en funcionamiento, el Colegio de Abogados de Avellaneda-Lanús en la Provincia de Buenos Aires, ha creado un Registro de Abogados del Niño que brinda patrocinio jurídico gratuito a todos los niños, niñas y adolescentes que lo requieran, independientemente de su edad. Tiene como función hacer valer los derechos del niño en el proceso administrativo y judicial, ofreciendo y controlando pruebas, apelando las decisiones contrarias a su interés, de acuerdo con el principio del debido proceso legal que el modelo de la protección integral de derechos reconoce para las personas menores de edad.

⁴⁰²Juzgado de control, niñez, juventud, penal juvenil, violencia familiar y faltas de la segunda circunscripción judicial con sede en la ciudad de huinca renancó, provincia de córdoba, “E.F.J. s/ Control de legalidad”, 17/07/2020, véase: <https://docs.google.com/document/d/1Fv-nVe1E4TSVsJpnbaQiGKnkpyESf8UStO5JumT7kRs/edit?usp=sharing>

El patrocinio será provisto a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño. Actualmente, integran el registro más de 30 de profesionales del Derecho que rindieron la capacitación brindada en febrero de 2015, y que se capacitan de manera permanente. Una vez que se recibe en el Colegio el oficio del órgano judicial o administrativo para la designación de un Abogado del niño, niña y adolescente, se realiza un sorteo a fin de designarlo en la causa que se lo requiera. Como el proceso de adaptación del niño al momento del patrocinio se puede ver afectado por algún tema relacional, se sortea otro profesional en carácter de suplente, para que, en caso de ser necesario, actúe.

La ley indica que la nómina de inscriptos en el Registro debe ser difundida, a fin de garantizar su accesibilidad, a través de todos los recursos informativos con que cuentan la Suprema Corte de Justicia, los distintos Departamentos Judiciales y los servicios zonales y locales dependientes del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de niños, niñas y adolescentes del Poder Ejecutivo Provincial. En caso de que el niño no pueda asistir a la sala destinada para su atención que se encuentra en el Colegio profesional, será visitado y entrevistado por el abogado designado. Cualquier niño puede tener un Abogado siempre que sus intereses puedan verse afectados y/o vulnerados, así como sus derechos consagrados en la Constitución Nacional que adopta en el Artículo 75 inciso 22 todos los tratados en la materia⁴⁰³.

Requiere de una preparación exhaustiva el cómputo la información que se le debe brindar al niño respecto de las formas de designación existentes ya que, a pesar de existir la especialización letrada, existe todavía falta de reglamentación que hace que no se disponga de una información certera, pues la figura se encuentra en estado de implementación “inicial”.

⁴⁰³Registro de Abogados del niño, Colegio de Abogados Avellaneda – Lanús. Disponible: <<http://caal.org.ar/registro-de-abogados-del-nino/>>

3.2.2.- Quién puede cumplir esa función.

Puede cumplir esta función cualquier abogado o abogada que se encuentre perfectamente capacitado y especializado en forma interdisciplinaria, e inscrito en el Registro que la ley obliga a tales fines. Debe estar especializado porque se trata de derechos de niños, quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, razón por la cual los profesionales que lo asesoren deben estar actualizados y capacitados, a la altura del tema del que se trate.

Como regla general, todos los abogados del niño que ejerzan su labor en forma privada. Esto no tiene que ver con quién afrontará los honorarios, ya que la ley en este sentido es clara: los honorarios serán soportados por el Estado. Lo que se ha detallado hasta ahora en materia de jurisprudencia y en esta zona “incierta” es que, en ciertos casos excepcionales y realizando el planteo correspondiente, pueden ser los progenitores los que corren con el coste de los honorarios, tomándolos como parte de la obligación de alimentos. Por ello, la existencia de un abogado del niño “público”, queda desechada.

“Entiendo entonces que los obligados al pago resultan los padres de S., quienes con sus desavenencias han provocado que ella debiera sentir la necesidad de intervenir en defensa de sus derechos. Si bien se puede discutir si correspondía que planteara cuestiones alimentarias - concretamente el monto de sus pretensiones- toda vez que esa cuestión pertenece al universo de las posibilidades económicas del progenitor obligado, y no siempre puede coincidir con los que los hijos quieren, si comparto que debió defender lo que se refería al régimen comunicacional, dado que ese tema la tenía como principal protagonista.

En ese camino, estimo que los honorarios de la letrada V. Lamberti, serán a cargo de ambos progenitores en partes iguales. En cuanto al monto a regular, tengo en cuenta que el art. 75 de la ley de aranceles de la provincia, establece que en caso de que se tramite un incidente de cuota alimentaria, la base regulatoria será la diferencia de la cuota que se venía abonando y la nueva pretensión. En el caso la cuota pactada era del 60% del SMVM; esto es a la fecha del incidente de \$ 12.500 x 60% = \$ 7.500. La pretensión de la adolescente fue de un salario completo. La diferencia entonces es de \$ 5000 x 24 meses = \$120.000. Esta será la base de cálculo. Ello así, y teniendo en cuenta la escala del art. 36, entiendo que debe en el mínimo de la escala, atento que la intervención de la letrada consistió en una presentación (pedido de aumento de cuota) y la contestación de tres vistas. Atento ello, en números: \$ 120.000 x 20% = \$

24.000. Esa será la suma que se regula a la Dra. Lamberti por las tareas realizadas.”⁴⁰⁴

Sin embargo, todavía queda mucho por delante en materia de información y comunicación respecto de todas estas cuestiones, ya que no resultan claras para los operadores judiciales, y mucho menos para los niños, niñas y adolescentes. Ahora bien, ¿Qué formación deberá tener el abogado del niño? Un abogado del niño debe ser un abogado/a interdisciplinario: esto es, no sólo basta con ser abogado/a, sino que se debe tener un “plus”, capacitaciones adicionales especializadas en esta figura que forman al letrado en todos aquellos aspectos y disciplinas que se consideran necesarios y adecuados para poder ejercer: derecho, psicología, psicopedagogía, medicina, mediación, antropología, trabajo social, entre otras. Todo ello permite dar el necesario “enfoque de derechos” para que se pueda ejercer la escucha activa y la defensa técnica del NNA.

Actualmente, se han creado diplomaturas y especializaciones en la figura, tanto en la Provincia de Buenos Aires como en la Provincia de Córdoba. El primer posgrado teórico-práctico que se ha desarrollado en la Provincia de Córdoba fue en el año 2019 y su duración es de cuatro meses⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴Juzg. 2° Nom. Civ., Com., Concil. y Flia. Carlos Paz, A. n.º 213, 14/08/2020, *op. cit.*

⁴⁰⁵Las disciplinas que deben saber llevar a cabo los abogados del NNA son las siguientes: i. Derecho: La categoría jurídica niño. Su evolución en el *Ius Cogens* y Derecho interno. Ley de Abogado de niñas, Niños y Adolescentes ii. Pediatría: el niño en el cuidado de su salud. Competencia. Consentimiento informado iii. ciencias de la educación: el niño en el proceso educativo. protocolos de convivencia iv. psicopedagogía: el niño en la construcción de su proceso de aprendizaje v. psicología: proceso de subjetivación. Empoderamiento vi. nna y la defensa de sus derechos difusos vii. el niño en la autocomposición de intereses. equipo de laboratorio de resolución pacífica de conflicto. marcos teóricos y prácticos viii. derechos sustanciales y formales. *csdn*, *og*, *oc*, *directrices un*, *reglas de Brasilia*, *reglas mínimas de Beijín*, *reglas un para menores privados de libertad*, *leyes locales*, *antecedentes jurisprudenciales*, *protocolos de intervención*. *derechos reales*, *posesorios* ix. el niño en procesos administrativos y escolares x. *defensa técnica en procesos penales*. *defensa técnica laboral* xi. *defensa técnica en contratos*. *contratos deportivos*. el niño en la gestión de sus propios derechos. *capacidad y competencia*. el niño y sistemas de representación, *complementaria y sustitutiva*. *responsabilidad parental*, *tutor*, *asesor* xii. *entrenamiento en mediación con niños*.

Tal y como argumenta Romano⁴⁰⁶: *“el programa de formación de Abogado del Niño, debe atender mucho más a la forma y praxis de la profesión, pues se requieren no sólo investigadores del derecho, sino que más que nunca se urge de prácticos en materia de los derechos humanos colectivos. El problema de la infancia radica en priorizar la modalidad, para alcanzar la eficacia necesaria. Lo que deviene entonces en que: 1) capacita abogados que puedan comprender lo que importa sumar 2) capacita en el marco de un conocimiento integrador, bajo una praxis de educación con conocimiento de lo que significa trabajar en un despacho de abogados y en responsabilidad de estrados; 3) capacita sobre la realidad funcional de la actuación judicial, escenario e interrelación”*.

3.2.3.- Edad con la que debe contar el menor.

Al respecto, resulta importante realizar el siguiente análisis de la jurisprudencia, doctrina y ley de la Provincia de Córdoba.

En cuanto a la jurisprudencia aplicable, la Sala G de la CNCiv (año 2012) desestimó la solicitud del niño para intervenir en un juicio que lo involucraba con el patrocinio letrado del abogado del niño. Al respecto, este fallo emitido bajo la vigencia del Código Civil anterior determinó que *“a poco que se repare, la participación personal prevista en el art. 27 inc. c) de la ley 26.061 está vedada por el Código Civil a los denominados menores impúberes (art. 127) habida cuenta de su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos. Desde la capacidad progresiva dependerá de su grado de madurez, por lo cual no es dificultoso concluir que, en el caso, la edad del menor —nueve años— no habilita tal tipo de participación con asistencia letrada”*.⁴⁰⁷ Fue dictado en vigencia del Código Civil anterior, donde los “menores impúberes” eran aquellos que no habían alcanzado los catorce años de edad y los “menores adultos” eran aquellos que tenían entre catorce y dieciocho años de edad.

⁴⁰⁶C. A. Romano, *Abogado del niño. Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar* (Buenos Aires: Lajouane, 2016), 25-26.

⁴⁰⁷Tribunal Superior de Justicia de Argentina (Sala G). Resolución núm. 9.177/12, de 17 de abril de 2012. Disponible: elDial.com-AA776B. <http://asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=726>

El mismo criterio fue adoptado por el máximo tribunal argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁰⁸, en el segundo y último fallo en el que se expide respecto del tema: *“Que, sentado ello, conviene destacar que las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art.54, inc.2° del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte.” “De acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho. No pueden, por sí mismos, administrar sus bienes, disponer de ellos ni celebrar contratos, estando a cargo de sus representantes legales, padres o tutores, la realización de todos esos actos (art. 54, inc. 2°, del Código Civil). En consecuencia, los niños no pueden realizar, por sí mismos, actos jurídicos como sería la designación o remoción de un letrado patrocinante”. “Que, en estas condiciones, corresponde confirmar la sentencia apelada toda vez que la designación de una dirección letrada, por parte de los menores, constituiría un acto nulo, de nulidad absoluta tal y como establecen los arts. 1041 y 1047 del Código Civil.*

“Que, sin perjuicio de lo expresado, cabe señalar que la ya aludida Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 12 le reconoce el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado”.

Como contraposición a esta postura rígida o estricta en cuanto a la no permisión de que los niños menores de catorce años puedan ser asistidos por un abogado, parte de la doctrina interpreta que podría presentarse como letrado patrocinante

⁴⁰⁸Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Sentencia núm. MJ-JU-M-73864-AR, del 26 de junio de 2012. Disponible: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/28/los-menores-impuberes-son-incapaces-absolutos-no-pueden-designar-ni-remover-un-letrado-patrocinante/>

de niños menores de catorce años, siempre que se acrediten situaciones de excepción y que se pruebe que el menor tiene suficiente capacidad de discernimiento para promover la acción que se intentaba. Esta postura, que permite designar un abogado que represente a ese niño sin sujetarlo a determinada edad, se basa en la capacidad progresiva de aquél, tomando en cuenta como parámetro su grado de madurez⁴⁰⁹.

Esta doctrina, entendida en cierto modo como “amplia”, sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal que protege a todos los niños y adolescentes. En este contexto, la designación de un abogado es siempre procedente, con independencia de la edad y madurez.

En consecuencia, todo niño que se ve afectado por un proceso judicial tiene derecho a contar con un abogado de su confianza. En caso de que no lo designe él mismo, el Estado le deberá asignar uno de oficio. Para esta línea de pensamiento, no habría diferencias con el ejercicio del derecho a ser oído. En ambos casos, deben ser cumplidos, cualquiera que fuera la edad del niño; lo que cambia es la consideración subjetiva del juzgador y no la viabilidad de tales derechos.

Tal como aseveró Lamberti, si el niño no puede dar instrucciones, la función del abogado es asumir la defensa de sus derechos y garantías por ello, es muy importante que sea un profesional especializado⁴¹⁰. En tanto, en este tema, Solari manifiesta que “*se confunde la capacidad progresiva con el derecho al patrocinio letrado.*” Este destacado doctrinario, manifiesta que el derecho a tener

⁴⁰⁹M. P. González Tomasini, “Comentario al fallo Fallo inédito. Dos hermanos víctimas de violencia por parte de su progenitor acuden a la Justicia y hacen valer sus derechos, por sí mismos, con la asistencia letrada de un/a «abogado/a del niño» de su confianza. Comentario al fallo de la abogada que ejerció dicho rol, Dra. María Paula González Tomassini”, 2018, MJ-DOC-13504-AR | MJD13504. Véase: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/04/20/fallo-inedito-dos-hermanos-victimas-de-violencia-por-parte-de-su-progenitor-acuden-a-la-justicia-y-hacen-valer-sus-derechos-por-si-mismos-con-la-asistencia-letrada-de-un-a-abogado-a-del-nino/>

⁴¹⁰Lamberti, V., en entrevista personal realizada el día 23/10/2020. Véase: anexo entrevista.

un patrocinio letrado es independiente de la capacidad progresiva.

Agrega Solari: *“Dicho, en otros términos, la capacidad progresiva del sujeto refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho de contar con asistencia letrada en el juicio. Ello, en virtud de que el art. 27 de la ley 26.061 no condiciona tal intervención a la edad del sujeto, por lo que la designación deberá hacerse en todos los casos en que se halle en juego cuestiones que lo afecten”*. Y finaliza exponiendo que *“la figura del abogado del niño debe estar presente en todo procedimiento en el cual se sustancien aspectos que atañen al niño”*.⁴¹¹

La ley de abogado del niño de la Provincia de Córdoba n.º 10.636 recientemente sancionada, el 19 de junio del año 2019 y publicada en el Boletín Oficial el 5 de Julio del mismo año, no detalla nada respecto de la edad que deba tener el menor para poder solicitar el asesoramiento del abogado del niño. Vale aclarar que esta ley todavía no tiene reglamentación, lo cual deja planteados serios interrogantes.

En Argentina existe un procedimiento establecido para poder sancionar o reglamentar las leyes. Como regla general, la propia ley debe indicar a partir de qué momento la misma entra en vigor. En muchas ocasiones, las leyes indican que entrarán en vigor a partir de su reglamentación. Reglamentar, significa que el Poder Ejecutivo indica cómo ha de aplicarse esa ley, y la “perfecciona” y hace que esa ley sea más eficaz. Si una ley no indica a partir de cuándo será vigente la misma, se debe aplicar el plazo que contiene el Código Civil y Comercial: *“Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”*.

En el caso de la ley del abogado del niño de la Provincia de Córdoba, la ley indica en su artículo 11 que *“El Poder Ejecutivo Provincial debe reglamentar la presente Ley en el plazo de ciento ochenta días a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba.”* Sin embargo, todavía no se ha reglamentado⁴¹². Si la ley no está reglamentada pero sí vigente, causa estos

⁴¹¹N. Solari, *Derechos de Familias* (Buenos Aires: La Ley, 2015), 738.

⁴¹²Argentina. Ley provincial núm. 10636 de Abogado del niño, niña y adolescente, artículo 6, *Boletín Oficial*, núm. 126, de 5 de julio de 2019.

problemas de aplicación, sobre todo en aquellos puntos en que la ley no es clara y quedan vacíos.

Lo anterior trasladado a la práctica, queda expresamente reflejado en la jurisprudencia como la que sigue:

“La letrada solicita que atento no estar reglamentada la ley 10636, que en su artículo 9 impone los honorarios a cargo del estado provincial, estos sean impuestos a los progenitores, teniendo en cuenta el carácter alimentario de aquellos. La norma que cita dice textualmente: Ley 10.636. Artículo 9º.-Honorarios. Las costas y honorarios que genere la actuación profesional del Abogado del Niño son a cargo del Estado Provincial. La Autoridad de Aplicación, por vía reglamentaria, establecerá las pautas y el procedimiento a los efectos del pago de los mismos, a cuyos fines podrá celebrar convenios con los Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba. Estimo que le asiste razón a la letrada. Hasta tanto la ley no esté reglamentada en este sentido, imponer al estado provincial el pago de los honorarios tal cual reza la norma, sería obligar a la profesional a iniciar un derrotero administrativo para percibirlos -si quisiera hacerlo extrajudicialmente- o iniciar un proceso de ejecución en contra del estado. La autoridad de aplicación, no ha resuelto todavía cuáles serán los mecanismos para que los letrados puedan cobrar sus estipendios, que -a no dudarlo- son de carácter alimentario. La ley fue publicada en el boletín oficial el 5 de julio del 2019, y a la fecha se encuentra sin reglamentar.”⁴¹³

Asimismo, como parte del ordenamiento normativo cabe mencionar al Código Civil y Comercial vigente del año 2015, el cual recepta el principio general de la autonomía progresiva en sus articulados, cuestión referida anteriormente, y sobre todo en su artículo 26, dejando sentada la posibilidad de que los menores que tengan edad y grado de madurez suficiente, puedan decidir por sí, respecto de los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y puedan ser oídos en todo proceso judicial que le concierna.⁴¹⁴

⁴¹³ Juzg. 2º Civ., Com., Concil. y Flia. Carlos Paz, A. n.º 213, 14/08/2020, *op. cit.*

⁴¹⁴ Argentina. Ley Nacional número 26.994, *op. cit.*

3.2.4.- Rol de las escuelas y los pediatras para designar el abogado del niño.

En lo que respecta al rol o papel que cumplen las escuelas o bien los pediatras como voz de “alarma” para que se actúe designando un abogado del niño, esto se explica en la importancia fundamental que tienen estos espacios como ámbito en el que se desarrolla el mismo.

En el caso de la escuela, allí es donde el niño pasa la mayor parte de su tiempo y es indudable que es ahí donde se pueden advertir la mayor cantidad de situaciones por las cuales correspondería designarlo. Dependerá en función del caso en concreto, a quién acudirá la escuela para poder transmitir este “estado de alarma”. No es lo mismo que el niño tenga buena relación con sus progenitores, caso en el cual se transmitirá esta alarma a los mismos, que el niño no la tenga, en donde se tomarán medidas como dar el aviso a alguna autoridad policial o bien judicial.

Por otro lado, respecto del ámbito médico o pediátrico, el médico está obligado a poner en conocimiento ciertos supuestos como por ejemplo la existencia de abuso sexual infantil. Según el informe del Comité de Salud Mental de la Sociedad Argentina de Pediatría⁴¹⁵, existen reticencias en denunciar por parte de los/las profesionales de establecimientos públicos, y esto se vincula con el hostigamiento abogadil que sufren los médicos.

En este sentido, los profesionales de la salud entienden que estarán más resguardados de la acción legal cuando omitan denunciar. Esto los conduce inevitablemente a no recepcionar determinados casos de abuso, o a recurrir a una gama de recursos para evitar la denuncia. Muchas veces suele pensarse que hacer la denuncia puede acarrear complicaciones legales para el denunciante o la institución. Por el contrario, la omisión de denunciar constituye

⁴¹⁵Comité de Salud Mental de la Sociedad Argentina de Pediatría. Grupo de Trabajo sobre Violencia Familiar, (2007) “*Qué hacer cuando se sospecha que un niño es abusado sexualmente*”, 364-365. Véase: <https://www.sap.org.ar/uploads/consensos/qu-e-hacer-cuando-se-sospecha-que-un-ni-ntildeo-es-abusado-sexualmente.pdf>

un acto de mala praxis profesional en cuanto existe una negligencia, una impericia o una inobservancia de los deberes propios del profesional, que puede generar un daño cuyas consecuencias pueden ir desde una lesión física hasta la muerte de la víctima, pasando por toda la gama de daños emocionales.

Pese a todo ello, el Código Penal dispone que no es punible quien obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. De ello resulta que, quienes cumplen con la obligación de denunciar gozan de inmunidad e indemnidad civil y penal, salvo los supuestos de mala fe.

3.2.5.- Qué información debe recibir el menor.

En este punto resulta preciso acudir al principio general de la utilización del lenguaje claro y sencillo. En la actualidad, el uso de un lenguaje jurídico claro *“ha pasado de constituir una tendencia para convertirse en una necesidad”*⁴¹⁶. En todas las profesiones y oficios se emplean lenguajes técnicos que dan precisión a lo que se dice y sirve para nombrar elementos específicos de la especialidad.

Pero la mayor dificultad que deben atravesar las personas no versadas en derecho para entender productos como demandas, sentencias o leyes no es el uso de términos técnicos, sino la complejidad con la que se redactan ⁴¹⁷.

Es por ello que, valiéndonos de este principio se debe informar al niño, no sólo desde el ámbito judicial propiamente dicho, sino también a través de los operadores judiciales quienes deben ser claros hacia el niño, respecto de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.

⁴¹⁶C. Carretero González, "La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico", *Pensamiento Civil* (2018). Disponible: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3415-importancia-influencia-del-uso-del-lenguaje-claro-ambito-juridico>

⁴¹⁷M. J. Graiaewski, "El lenguaje claro en el ámbito jurídico", *Pensamiento Civil* (2020). Disponible: <https://pensamientocivil.com.ar/4553-lenguaje-claro-ambito-juridico>

El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte de este. Es decir, dependiendo de la autonomía progresiva y del grado de madurez que tenga el niño, debemos explicarle en lenguaje adaptado, claro y sencillo en qué consiste el procedimiento, cuáles son sus derechos, de qué forma se puede resolver su conflicto, etc.

3.2.6.- Cómo se realizan las reuniones entre el abogado y el niño. En qué ámbito/contexto.

El “cómo” es algo que queda a criterio de cada abogado, como parte de su estrategia. Tal como lo sugiere Luna, es muy importante:

1. Poder crear empatía con el niño, ya que construir confianza lleva tiempo.
2. Respetar los tiempos en distintos momentos haciendo silencio e implementando la “escucha activa”, ese guardar silencio total con todo el cuerpo focalizándose en lo que el NNA exteriorice.
3. Generar espacios amigables recordando que el objetivo es lograr ganar la confianza del NNA, para trabajar con eficacia.
4. Buscar el espacio adecuado para el diálogo: ¿Es viable dialogar en los lugares comunes del hogar con otros niños y adultos que están realizando otras actividades?; ¿Es válido pretender que el NNA tenga confianza para soltarse a hablar en un lugar donde hay mucho ruido?
5. Evitar comentarios valorativos: Cuando el NNA desvele cuestiones traumáticas tales como que ha sido víctima de prácticas de abuso sexual con acceso carnal, o de torturas por parte de sus progenitores, evitar comentarios nocivos.
6. Tomar en consideración la postura que se adopta frente al niño. ¿Estamos parados? ¿Nos sentamos junto a ellos? ¿Enfrente? ¿Al lado? ¿Cruzamos los brazos? ¿Los abrimos? ¿Nos balanceamos?
7. Escuchar activamente: la conversación con un NNA requiere momentos de silencio.
8. Conversar sobre lo que el NNA requieren hoy: no es una buena práctica ingresar a una conversación con NNA para indagar sobre el pasado. Como abogados se debe entender que los tiempos del NNA son otros y que los procesos de construcción de confianza son procesos.⁴¹⁸

⁴¹⁸L. Selene Chaves Luna, *El abogado del niño, teoría y práctica en la reciente legislación y en el nuevo código civil y comercial* (Buenos Aires: Tribunales Edición, 2015),104-109.

Asimismo, la Observación General n.º 12 del Comité de Derechos del Niño, en la interpretación al párrafo 2 del artículo 12, recomienda lo siguiente:

“El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo, denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.

No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.”⁴¹⁹

3.2.7.- Qué se le requiere al menor para su defensa.

Resulta interesante analizar esta cuestión desde dos puntos de vista.

Por un lado, cabe mencionar que el artículo 7 de la Ley de Abogado del Niño de la Provincia de Córdoba establece que se requerirá un consentimiento informado *“En los procedimientos mencionados en el artículo 1º de esta Ley se debe requerir el consentimiento informado de la niña, niño o adolescente del derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño. Por vía reglamentaria se establecerá el procedimiento para acreditar el cumplimiento de esta obligación”⁴²⁰.*

⁴¹⁹Comité de los Derechos del Niño: Observación general núm. 12 (2009), compendio de observaciones publicadas por Unicef, 203-212. Véase: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

⁴²⁰Argentina. Ley provincial núm. 10636, *op. cit.*

El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en un proceso, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos de la misma, los beneficios, las molestias, los posibles riesgos y las alternativas, sus derechos y responsabilidades. Asimismo, la firma del NNA cuando este se encuentra en posición de así hacerlo es requisito *sine qua non* para la admisibilidad del escrito. No se puede válidamente hablar por los niños o realizar peticiones en su nombre sin haberlos consultado al respecto ya que en ese caso se desvirtuará el rol de abogado del niño que peticiona por su interés para transformarlo en el Defensor de menores.⁴²¹

3.2.8.- Abono de honorarios y posible conflicto de intereses entre los progenitores.

Todavía no se han dado casos en los que los padres hayan abonado los honorarios del abogado del NNA, pudiendo crear ello un conflicto de intereses en sede judicial. Sin embargo, la ley establece que los honorarios del abogado deberán ser afrontados por el Estado justamente para evitar estas situaciones de conflicto de intereses. Si bien, en el caso en que los honorarios se afronten por los progenitores, dentro del marco de esta situación “incierta”, ello tendrá que ver con una cuestión netamente moral del abogado. Si recibe los honorarios de parte de alguno de los progenitores, debe saber perfectamente y poder diferenciar en su faz interna que esa situación no lo va a influenciar a la hora de asesorar al niño. Forma parte de los denominados “deberes morales”.

Tampoco se deja constancia a lo largo del proceso ni tampoco en la resolución, que ha sido el padre o la madre quien ha abonado los honorarios, en caso de ser privado. Y ello es así porque es el Juez quien ordena a pagar honorarios e indica quien debe afrontarlos, en la sentencia del juicio de que se trate. En caso de incumplimiento en el pago de los honorarios, el profesional tendrá habilitada la vía de ejecución de honorarios, a la cual podrá acudir a reclamar su

⁴²¹L. Selene Chaves Luna, *op. cit.*, p. 110.

incumplimiento, presentándose con el título hábil que ordena a pagar los honorarios, en este caso, la sentencia.

3.2.9.- La presencia del menor en sede judicial. La figura de los progenitores.

En sede judicial, el niño está presente conforme la edad que tuviera. Esto significa que parte de respetar su condición como sujeto de derechos también implica respetar la edad con la que cuenten y tratarlos acorde a ella. Respecto de la calidad de parte, es importante recordar que el niño va a adquirirla cuando la cuestión que trate la causa afecte directamente o atraviese su vida.

“Cada vez que se plantee algún incidente en donde la cuestión atraviesa fundamentalmente a la vida del niño. Traigamos al interesado y que plantee qué es lo que realmente quiere. La presencia del niño es fundamental en ese proceso. Deberían respetar el hecho de que se designe el abogado sólo en el caso que haya situaciones que lo involucren directamente. Porque por ejemplo si hay un divorcio que es la extinción del vínculo, una separación, ¿para qué lo vas a citar al niño? Si es una cuestión de un vínculo entre adultos que se rompe. Ahí la participación sería innecesaria porque obviamente lo más probable es que los niños no estén de acuerdo con que las mamás o los papás se separen. Pero eso es una cuestión que excede el procedimiento de un divorcio.”⁴²²

La opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su párrafo 102, establece: *“El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.”⁴²³*

Cuando un niño participa activamente del proceso, la forma en que se lleva a cabo la entrevista dependerá del caso en concreto y, sobre todo, de la materia

⁴²²Lamberti, V., en entrevista personal realizada el día 23/10/2020. Véase: anexo entrevista.

⁴²³Opinión Consultiva núm. 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 102. Véase: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

de juicio de que se trate. No hay un patrón común para poder entrevistarlos. Por ejemplo, en caso de que se trate de una víctima de abuso sexual, el niño puede participar del proceso como parte querellante o como testigo-víctima. Más allá del carácter en el que participe, es fundamental: que el niño conozca que se espera de él en el proceso; darle tranquilidad en el marco de su declaración, alentar a que pueda poner en palabra lo acontecido y velar por evitar la revictimización del niño en el proceso.⁴²⁴

Otro tema diferente es la participación del niño con asistencia letrada. La ley 26.061 en su artículo 27 establece que el niño tiene derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Tal como lo establece ROMANO, la admisibilidad del abogado al igual que la consideración de la edad para designarlo debe ser flexible, y morigerada o agravada debido a la función necesaria, y quedará supeditada al criterio del juez o coordinador de servicio administrativo definir en qué tipos de procedimientos y con qué alcances se daría participación al niño mediante asistencia letrada. Otra cosa es dirimir su calidad de parte⁴²⁵.

3.3.- El asesor de menores y la relación con el abogado del niño.

La persona que no cuenta con la edad ni grado de madurez suficiente es incapaz en el ejercicio de sus derechos, y debe ser representado, a través de representación legal. Los representantes de las personas menores de edad no emancipadas son sus padres, y si faltan los padres o ambos son incapaces o están privados de la responsabilidad parental o suspendidos en su ejercicio, será el tutor legal que se les designe.

⁴²⁴L. Selene Chaves Luna, *op. cit.*, p. 187

⁴²⁵C. A. Romano, *op. cit.*, 122-123.

La “representación legal”, se diferencia de la “asistencia letrada o defensa técnica”. Mientras que la representación es *“el fenómeno jurídico, en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de este autorizado para ello por el interesado o en su caso por la ley, de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado”*⁴²⁶; la defensa técnica es *“el hecho de actuar un abogado dirigiendo la defensa de una de las partes. En general esta defensa es obligatoria en los procesos civil, penal y contencioso administrativo, si bien existen algunas excepciones que las leyes procesales respectivas establecen”*⁴²⁷.

Ahora bien, cuando se habla de la figura del Asesor de Menores se hace referencia a la figura perteneciente al Ministerio Público que tiene como función principal la de representar al Estado, cuando se encuentran en juego los derechos de determinados sujetos. Es decir, la representación se realiza con deberes y facultades que le impone la ley.

El Asesor de Menores actúa respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiere de un sistema de apoyo. Esta actuación puede ser extrajudicial o judicial, y dentro de esta última complementaria (interviene en todos los procesos) o principal (cuando existe inacción de los representantes, cuando el objeto es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes o bien cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación).

El Ministerio Público es el representante de los niños/as y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores para la mejor defensa de sus derechos. Si

⁴²⁶Rivero Hernández, “*Enciclopedia jurídica*”, definición de “representación”, véase: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/representacion/representacion.htm>

⁴²⁷“*Enciclopedia Jurídica*”, definición de “defensa técnica”, véase: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/defensa-tecnica/defensa-tecnica.htm>

no los tiene, debe proveerles de representante legal por imperio de la ley como primera función, y acudir a las instituciones propias del derecho de fondo.

Esto significa que el Asesor de menores puede coexistir con el abogado del niño, porque mientras este último ejerce la defensa técnica y acompaña, patrocina y asiste al niño, el Asesor de menores defiende pura y exclusivamente los intereses del Estado Nacional argentino.

La figura del asesor de menores y la del abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes no puede ni debe confundirse. En este sentido, el abogado de confianza defiende los intereses particulares del niño y el asesor de menores ejerce la representación necesaria del mismo, debiendo custodiar el irrestricto cumplimiento de la ley.

Tal diferencia surge claramente del decreto reglamentario 415⁴²⁸. Establece que el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

Siguiendo con este razonamiento, el abogado de confianza de niños, niñas y adolescente defenderá el interés superior del niño según la mirada de la persona menor de edad, siguiendo sus instrucciones. Por su parte, el asesor de menores defenderá el interés superior del niño según la mirada adulta y el cumplimiento de todos sus derechos⁴²⁹. Para mayor ahondamiento, las intervenciones profesionales del abogado del niño y del asesor tienen distintos fundamentos, no

⁴²⁸Argentina. Decreto reglamentario 415/2006 de la ley 26.061, 17/04/2006, art. 27, véase: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115526/norma.htm>

⁴²⁹K. E. Acosta, "Cuando un niño necesita un abogado". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina (2008). Disponible: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm

se superponen, son roles diferenciados y su necesaria presencia, la de ambos, es la que mejor contribuye a la plena vigencia de los derechos del NNA.⁴³⁰

El Ministerio Pupilar es defensor, por mandato constitucional y legal, de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes en la medida de su indisponibilidad, sin confundirse con la defensa técnica, que en el marco de un proceso -como el *sub lite*- realiza el propio niño por sí con su abogado a quien se le asigna, de acuerdo a lo que dispone el art. 27 de la ley 26.061, la defensa de los intereses particulares en un conflicto y prestan su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a sus clientes⁴³¹.

El criterio que debe presidir la intervención de los Magistrados del Ministerio Público de Menores es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición del niño y aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante necesario.⁴³²

Respecto de que el Asesor de Menores ocupe el lugar del abogado del niño, la jurisprudencia tiene dicho que: *“resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3 de la C.D.N.), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2 de la Convención sobre los Derecho del Niño.”*⁴³³

⁴³⁰L. Selene Chaves Luna, *op. cit.*, 91-92

⁴³¹G. D. Moreno, “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, en *Derecho de Familia* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006), 60.

⁴³²D. D’Antonio, *Derecho de menores* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994), 380.

⁴³³Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Mar de Plata (Argentina) (Sala II). Resolución núm. AR/JUR/7653/2019, del 11 de abril de 2019.

3.4.- Tutor ad litem y la relación con el abogado del niño.

El significado de “Ad litem”, resulta: *“literalmente, “para la litis”. Expresión empleada para indicar que un acto o una decisión se han tomado “con miras a un proceso”; así, provisión, mandato, “ad litem”*⁴³⁴.

En el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, el instituto de la tutela tiene como objetivo fundamental la protección de la persona y bienes de un niño, niña y adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil, cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Es decir, esta figura nace en forma subsidiaria, sólo cuando no exista persona alguna que ejerza la responsabilidad parental o la guarda del niño.

El tutor no es el abogado del niño, sino que como letrado deberá poner de relieve en el expediente el interés superior del niño desde la mirada adulta que sus progenitores se encuentran imposibilitados de realizar. Luna indica: *“en el caso de los tutores públicos nuevamente celebro la necesaria convivencia de este rol con el del abogado del niño. Piénsese en intervenciones complejas donde el NNA toma decisiones tales como su egreso de un programa o egreso de un dispositivo de albergue como un hogar. En esos casos el NNA será patrocinado por su abogado del niño y claramente el tutor público tendrá una posición distinta frente a este mismo hecho.”*⁴³⁵

El tutor puede ser general o especial. El general protege a la persona y a los bienes del NNA y puede ser designado por los mismos progenitores o bien por el juez. Por su parte, el general, puede ser a su vez “tutor designado por los progenitores” o “tutor dativo”⁴³⁶: *“ARTÍCULO 106. Tutor designado por los padres: Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos*

⁴³⁴Enciclopedia Jurídica, definición de “Ad litem”, véase: <http://www.encyclopediaturidica.com/d/ad-litem/ad-litem.htm>

⁴³⁵L. Selene Chaves Luna, *op. cit.*, 92-93

⁴³⁶Argentina. Ley Nacional núm. 26.994, *op. cit.*

menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas. Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente. Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado”.

“ARTÍCULO 107. Tutela dativa: Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad.”

En tanto que el especial, sólo procede en determinados casos enumerados en forma taxativa en la ley: *“ARTÍCULO 109. Tutela especial: Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:*

- a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial;*
- b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad;*
- c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a);*
- d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor;*
- e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor;*
- f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar;*

g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.”

El nombramiento del tutor especial es una atribución del juez para designar a aquel o aquellas personas que represente/n al niño/a o adolescente cuando medie un conflicto de intereses entre los representantes y representados o ante cualquier situación específica que requiera la intervención de un tercero. También puede designarlo el juez a solicitud del niño/a o adolescente, del Ministerio Público, de los padres, guardador/es, o del tutor general o del curador.⁴³⁷

Todo ello significa que el tutor ad litem representa al niño, ejerce la representación legal en forma subsidiaria, en tanto que el abogado del niño brinda asistencia técnica a través del patrocinio letrado.

⁴³⁷M. Herrera, S. Picasso, G. Caramelo, *op. cit.*, 228-230.

CAPÍTULO III: LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE FAMILIA EN ESPAÑA.

SUMARIO: 1. *Ámbito de competencias y funciones del Ministerio Fiscal.* 1.1. *Antecedentes históricos de la institución.* 1.2. *Designa y casos en los que interviene el Ministerio Fiscal.* 1.3. *La defensa del menor en los Juicios de Familia. Comparativa entre España y Argentina.* 1.4. *Defensa técnica de los intereses del menor. Reglas actuales.* 1.5. *Facultades y competencias que otorga la Ley 50/1981 al Ministerio Fiscal.* 1.5.1. *Funciones del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.* 1.5.2. *Ejemplo de jurisprudencia comentada relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos de familia.* 1.6. *Carencia e imposibilidad de representación ordinaria. Alcances.* 2. *El menor como sujeto de ejercer sus derechos en un proceso judicial.* 2.1. *El derecho del menor a ser oído ante un tribunal. Aspectos normativos.* 2.1.1. *La práctica procesal de la prueba.* 2.1.1.1. *Dictamen de los especialistas.* 2.1.1.2. *Audiencia del menor.* 2.1.2. *El conflicto entre el derecho de defensa y el derecho a la intimidad del menor.* 2.1.2.1. *Derecho a la intimidad personal.* 2.1.2.2. *Derecho a la tutela judicial efectiva.* 2.1.3. *La relevancia de la prueba en la audiencia: El dictamen de especialistas.* 2.2. *El derecho del menor a participar y ser informado en un proceso judicial.* 2.2.1. *Capacidad procesal y el menor como parte del proceso.* 2.2.2. *El derecho del menor a ser informado del proceso judicial.* 2.2.2.1. *Síndrome de alienación parental.* 2.2.3. *El derecho del menor al debido proceso.* 3. *Propuesta de protección del menor a través de la figura del abogado del menor.* 3.1. *Materias en que se designa abogado del menor.* 3.2. *Momento y forma en que se designa.* 3.3. *Necesidad de especialización de los juzgados de familia y relación del abogado del menor con el Ministerio Fiscal.* 3.4. *La designación del abogado del menor.* 3.5. *Implementación legislativa de la figura en el ordenamiento jurídico español.*

Introducción.

El presente capítulo desarrollará, en primer lugar, la figura del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores en España. A nivel sustantivo y procesal,

la evolución de las distintas leyes encomienda, a esta figura, la representación y defensa de los menores en distintos ámbitos procesales. En este sentido, se ha desarrollado, a lo largo de la investigación que ocupa el presente estudio, el ejercicio de las funciones de protección reguladas en el código y en la ley de procedimiento en los supuestos de crisis familiares, así como en el ejercicio de las funciones encomendadas por la ley orgánica en la que queda regulado el procedimiento y la competencia de los Juzgados viniendo todo ello determinado por el interés superior del menor.

1.- ÁMBITO DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL.

La institución del Ministerio Fiscal posee especial importancia en los procedimientos de familia ya que en ella recae la función de salvaguardar y proteger el interés de los menores en la resolución de conflictos entre los progenitores. La personación es preceptiva cuando existen hijos comunes menores de edad, tal y como establecen las leyes y como así lo apoya la doctrina⁴³⁸. Si bien, a nivel práctico no siempre se protegen los derechos en toda su integridad puesto que resulta una institución que, en la práctica aduce serias carencias tal y como se desarrollará a continuación.

1.1.- Antecedentes históricos de la institución.

En el ámbito de los antecedentes históricos del Ministerio Fiscal, la evolución que ha ido precediendo a esta institución hasta día de hoy se caracteriza por las distintas corrientes políticas y el ejercicio de poder que ha ido desarrollando en los diferentes momentos históricos.⁴³⁹ Si nos remontamos en la historia, fue con

⁴³⁸Autores como L. Zarralugui Sánchez-Eznarriaga, "La defensa de los menores y el Fiscal" en *Boletín Derecho de Familia* (Madrid: Lefebvre, 2013).

⁴³⁹A. M. López López, *El Ministerio Fiscal español; principios orgánicos y funcionales* (Madrid: COLEX, 2001), 72-102.

el Derecho Romano con el que nació la acción popular para, posteriormente, percatarse de la necesidad existente de disponer de un medio de defensa; debía ser el Estado el que se veía abocado a perseguir los delitos como una función social que él mismo debía ejercitar, no los particulares.

La figura del Ministerio Fiscal fue creada para *“llenar una función de la pasión y el interés personal de la víctima del delito”*.⁴⁴⁰ El Ministerio Fiscal era el responsable de actuar en el proceso en base a los intereses y los asuntos del Rey. Esto permitió que el enjuiciamiento se realizara de forma neutral al conseguir separar las partes, de la persona juzgadora e imparcial.

El sistema de gobierno instaurado en Castilla en el periodo histórico del siglo XV reconocía la figura de un Fiscal, designado por el Rey, que tenía las funciones de salvaguardar los asuntos públicos y personales del monarca. A lo largo de los años, se fueron nombrando más Fiscales y, Felipe V por Decreto de 10 de noviembre de 1713, designó a un Fiscal general, don Melchor Rafael de Macanaz, para que estuviera al frente de la Fiscalía ⁴⁴¹. De estos últimos acontecimientos Manuel Marchena Gómez ubica el *“verdadero origen de los principios de unidad y dependencia jerárquica que, hasta nuestros días, han acompañado todas las aproximaciones legislativas al Ministerio Público”*. En contraposición Alberto Manuel López López considera *“excesivo conferirle tal protagonismo histórico”* debido a que dicha reforma no alcanzó los dos años de vigencia.

Al margen de cuál fue el momento exacto en el que aparecieron dichos principios, al anularse el cargo del Fiscal general e instaurarse de nuevo los Fiscales del Consejo, se llevó a cabo un reparto de los casos distinguiéndose por materias, dividiéndolos en asuntos civiles y asuntos criminales. En este

⁴⁴⁰J. Márquez y M. Angélica, *Breve análisis de la figura jurídica del ministerio público en una averiguación previa* (Universidad de Sonora, 2009). Disponible: <http://www.bidi.uson.mx/tesisDet.aspx?crit1=IDUT&texto1=19615&crit2=TITULO&texto2=>

⁴⁴¹A. M. López López, *op. cit.*

momento, los Fiscales actuaban con total autonomía, por lo tanto, sin subordinación jerárquica alguna, acarreado asiduamente disputas.

Con el Decreto de 24 de marzo de 1834, se abolieron los Consejos de Castilla y se estableció un sistema jerárquico en el que las posiciones del juez y el Fiscal siguieron estrechamente relacionadas. Seguidamente, en el Reglamento Provisional de 1835, se reservó un título para los Fiscales. En este nuevo sistema en el que se había establecido la función de los Fiscales en la jurisdicción civil, se daba continuidad a la preservación de las respectivas funciones que ya tenían atribuidas los intereses patrimoniales de la Corona⁴⁴², momento en que se instaura el principio en el que Alberto Manuel López López proclama como unidad y dependencia jerárquica que regirán al Ministerio Fiscal.

Fue en el siglo XIX, a través de la transformación de las relaciones socioeconómicas, los alances de las leyes, el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 y, fundamentalmente del Real Decreto de 16 de marzo de 1886, con el que nace formalmente la institución del Ministerio Fiscal, de la cual se desata la responsabilidad que tenía de defender al Estado y se le asigna así, la defensa de la Hacienda y de la Administración Pública. El nacimiento de este órgano va íntimamente relacionado con el Cuerpo de Abogados del Estado. Las funciones del Ministerio Fiscal se extendían desde acusador público en un procedimiento penal, defender derechos civiles, así como defender los intereses patrimoniales del Estado⁴⁴³. Esencialmente, resulta importante precisar que, tras el nuevo paradigma que instauró la Revolución Francesa, las distintas concepciones políticas, sociales y filosóficas hicieron evidente la necesidad de la función que de ahora en adelante propiciaría el Ministerio Fiscal; la defensa imparcial de la legalidad.

De modo que es en este punto dónde se segregó la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, la cual se le atribuyó al Abogado del Estado y el

⁴⁴²ídem.

⁴⁴³A. Taboada García, "Posibles solapamientos entre el Ministerio Fiscal y la abogacía del estado", en *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, ed. Bueno Ochoa, L. (Madrid: Dykinson, 2010), 31-45.

encargado de la defensa de los intereses públicos ante la Corte, entendiendo como tal el Ministerio Fiscal. Siendo que, de todas formas, en la actualidad sigue salvaguardando el interés público si este se ve arriesgado o quebrantado.⁴⁴⁴

Es la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 la que concibió al Ministerio Fiscal en su artículo 763 como el que deberá custodiar dicha ley y el resto que mencionen a la organización de los Juzgados y Tribunales, y que fomentará “*la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial*”⁴⁴⁵. Por consiguiente, es el defensor encargado de la legalidad además de representar al Gobierno con sus relaciones respecto al Poder Judicial, de modo que se posiciona como el órgano de comunicación entre la Administración y los Tribunales de Justicia.⁴⁴⁶

Posteriormente, en la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931 encontramos regulada brevemente la figura del Ministerio Fiscal en su artículo 104 “*El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia*” siendo la primera vez que se encuentra la inclusión de dicha institución en un texto constitucional español.

La trayectoria del Ministerio Fiscal en España estuvo indudablemente marcada por el paso del tiempo a través del régimen franquista. Cuando, al contrario de lo que se venía conociendo en la época republicana, durante el franquismo el Ministerio Fiscal quedó totalmente vinculado al poder ejecutivo, esta

⁴⁴⁴V. Moreno Catena, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Revista Cuadernos de Derecho Público* 16 (2011), 152. Disponible: <<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/660>>

⁴⁴⁵Ley provisional sobre organización del Poder judicial del 15 de septiembre de 1870. Normativa histórica de las Cortes Constituyentes españolas. Disponible: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Normativa-historica/Ley-provisional-sobre-organizacion-del-Poder-judicial--de-15-de-Septiembre-de-1870>>

⁴⁴⁶El Fiscal, “Historia”. Disponible: <<https://www.fiscal.es/historia>>

característica se reflejó en las leyes franquistas principales, como fue por ejemplo la Ley Orgánica del Estado de 1967.⁴⁴⁷

En el artículo treinta y cinco de dicha ley, posicionaban el Ministerio Fiscal como *“órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.”*

En ese momento el Ministerio Fiscal se consagró como una institución dependiente y ligada totalmente al poder ejecutivo y como un mero órgano de comunicación. Todo ello lo posicionó como un órgano dependiente y por lo tanto puso en entredicho su legitimidad ya que no garantizaba la voluntad popular.⁴⁴⁸

Ulteriormente, con la implantación de la democracia en 1978, se le encomendó al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, procurando la satisfacción del interés social ante los Tribunales.⁴⁴⁹ Dejando atrás la idea del Ministerio Fiscal como una institución que obedecía a unas leyes impuestas que no se alineaban con la voluntad popular, así como abandonando la idea de ser un órgano parcial cuya función era la de establecer la comunicación entre el Gobierno y los Tribunales.

La actual Constitución Española de 1978 ubica al Ministerio Fiscal dentro del Título VI dedicado al Poder Judicial y le confiere, en su artículo 124, la misión de *“promover la acción de justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los*

⁴⁴⁷M. Marchena Gómez, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 93.

⁴⁴⁸R. Martínez Dalmau, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal* (Valencia: Universitat de València, 1999), 126.

⁴⁴⁹El Fiscal, “Historia”. Disponible: <<https://www.fiscal.es/historia>>

interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés general”.

Se ha debatido profundamente al respecto pues se considera que, de forma abreviada, las funciones que tiene encomendadas el Ministerio Fiscal podrían englobarse anunciando que su función es la de defender la legalidad y para ello debe actuar motivado por la imparcialidad. Así mismo se desprende de la misma función de defender la legalidad, la de defender los derechos de los ciudadanos debido a que la protección de los mismos recae en los poderes públicos, quedando recogido ello en los artículos 9.2 y 53.1 Constitución Española⁴⁵⁰ y también la de defender los derechos individuales jurídicamente reconocidos.

El Ministerio Fiscal actúa bajo los principios de unidad y dependencia jerárquica. Este principio de unidad en el que se basa se trata de la necesidad de actuar bajo un mismo criterio, procurando que todos funcionen con una uniformidad de perspectiva porque es la única forma de poder desempeñar eficientemente la defensa y la garantía de la legalidad⁴⁵¹. Por lo tanto, la identidad personal de los Ministerios Fiscales que conforman el Ministerio Fiscal queda incorporada dentro de un único órgano.

De esta unidad de acto se desprende que, sin perjuicio del funcionario del Ministerio Fiscal que aparezca, independientemente de si tiene que ser sustituido, el Ministerio Fiscal siempre actuará “*en representación de la institución y por delegación de su jefe respectivo*” según recoge el artículo 22.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Respecto al principio de dependencia al que se ha hecho referencia con anterioridad y que resulta estrechamente ligado al principio de unidad, se determina que los distintos Fiscales confluyen en el que es el Fiscal Jefe. La institución está regida por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y, concretamente, por la ley 50/1981 de 30 de diciembre.

⁴⁵⁰A. Taboada García, *op. cit.*, 31-45.

⁴⁵¹M. Marchena Gómez, *op. cit.*, 150-177.

Es a partir de la implementación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, al encontrarnos en plena democracia fuera del modelo franquista, se le asigna al Ministerio Fiscal el cometido de *“promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social”* ⁴⁵² tal y como lo expresa el artículo primero de la referida ley. Además, según la misma, queda sujeto a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, a la legalidad y a la imparcialidad.

Es aquí, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dónde se establece que dicha institución deberá intervenir en los procesos civiles específicamente cuando *“según determine la ley, esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”*.

1.2.- Designa y casos en los que interviene el Ministerio Fiscal.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el Ministerio Fiscal es un órgano imparcial que garantiza la legalidad y protege el interés público de los derechos de los ciudadanos, suscitando especial interés de esta protección en la presente investigación sobre dos colectivos vulnerables cómo son los menores.

De modo que, en los casos de derecho de familia, es el Ministerio Fiscal obligatoriamente quien debe intervenir en los casos en los que existan hijos menores de edad o personas con discapacidad, teniendo encargada la función de velar y proteger dicho interés.

⁴⁵²España. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 11, de 13 de enero de 1982.

Encontramos estas funciones delegadas al Ministerio Fiscal en la sección 1ª de la guarda y acogimiento de menores en el Código Civil Español, específicamente en el artículo 174 donde señala que es de su competencia “*la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección*”, componente con el que articulamos jurídicamente la actuación de protección a los menores, encomendándosele una función superior de vigilancia para defender los intereses del menor, debiendo comprobar la situación del menor en particular, procurando y fomentando ante la Entidad Pública o el Juez las medidas de protección que estime necesarias⁴⁵³, si fuera el caso el Ministerio Fiscal podría promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela ordinaria⁴⁵⁴.

En relación al derecho positivo, encontramos también el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece cuándo es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, que es cuando existen hijos comunes menores de edad, y la regulación concreta de las funciones que se le establecen viene detallada en el artículo 3 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre donde se fija como función principal la de defender lo que denominamos como el “interés superior del menor”⁴⁵⁵, cómo también establece el Código Civil Español en su artículo 172.4 donde el precepto expone que dicho interés es el que prevalecerá⁴⁵⁶ y el que debe perseguir el Ministerio Fiscal.

En estos casos, la posición que adopta el Ministerio Fiscal dentro del proceso es la de demandado y, su intervención, es preceptiva en todas las fases de dicho

⁴⁵³Z. Segovia y M. Luisa, M. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores* (Madrid: Dykinson, 2016), 180-213.

⁴⁵⁴Sáinz-Cantero Caparrós, “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia” *Revista de Derecho civil* (2014),137.

⁴⁵⁵Abogados, C., 2022. *Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia Casasempere Abogados*. [en línea] Casasempere Abogados. Disponible en: <<https://casasempereabogados.com/intervencion-del-ministerio-fiscal-en-los-procesos-de-familia/>>

⁴⁵⁶M. Ordás Alonso, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9 (2016).

proceso; desde la contestación a la demanda hasta la contestación de posibles recursos.⁴⁵⁷

Las intervenciones del Ministerio Fiscal tienen un sesgo distinto, dependiendo de si el proceso se realiza de forma contenciosa o de mutuo acuerdo.

A) Procedimientos de mutuo acuerdo.

Los supuestos en los que se lleve a cabo el divorcio, la adopción de medidas de guarda y custodia, controversias en el ejercicio de la patria potestad, entre otros, dónde haya hijos menores o incapacitados y el procedimiento se haga de mutuo acuerdo, es decir, las partes lleguen a un consenso sobre lo que se pacte en relación con los hijos, deberán ratificar un convenio regulador. Se deberá dar traslado al Ministerio Fiscal del meritado convenio y, el mismo, deberá analizar todas aquellas estipulaciones relacionadas con el menor, tanto de forma directa como indirecta, para esclarecer si se consideran correctas y adecuadas para el bienestar del mismo, pudiendo oponerse a las mismas y pedir las modificaciones pertinentes.

B) Procedimientos contenciosos.

En el supuesto de que el asunto llegase a la vía contenciosa, el procedimiento es distinto. Se celebra un juicio oral en el que se debe interrogar a las partes y, además, a los testimonios que se aporten. Del mismo modo, se deberá escuchar a los hijos e hijas que tengan más de 12 años pudiendo también interrogar a aquellos menores que se considera que tienen juicio y madurez suficiente para ello⁴⁵⁸. En el caso de llevarse a cabo el interrogatorio del menor, tan sólo estarán presentes el Juez y el Ministerio Fiscal.

Posteriormente a esta vista y las pruebas que se han exhibido por las partes, el Ministerio Fiscal es el responsable de emitir un informe de forma oral o en el que

⁴⁵⁷A. Fernández Le Gal, *La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos* (Madrid: LexSocial, 2014), 4.

⁴⁵⁸F. Adan Domènech, "Anticipación de la prueba en el proceso civil", en *Práctico Procesal Civil Vlex* (Barcelona: Ed. Vlex, 2022), 1-7.

manifiestan de manera fundada las medidas que creen convenientes para los menores. Para adoptar esta resolución el Ministerio Fiscal se basa exclusivamente en el interés superior del menor.

Como de forma sucinta se ha hecho referencia al principio de este apartado, el Ministerio Fiscal también tiene preceptiva intervención cuando se trata de procesos en los que se encuentra inmersa una persona con discapacidad. Recientemente, se ha modificado la normativa que reviste la regulación respecto a las personas con discapacidad. El pasado 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la ley 8/2021 de 2 de junio de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, que introdujo reformas que modificaron sustancialmente el tratamiento que recibe la discapacidad, instaurando un sistema basado en la curatela principalmente como medida de apoyo a las personas con discapacidad⁴⁵⁹.

Para poder instaurar estas reformas, se han hecho modificaciones legislativas en el Código Civil, LEC y la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹F. Sospedra Navas, *Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2021). Disponible: <https://insignis-aranzadigital-es.sire.ub.edu/maf/app/document?srguid=i0ad6adc50000017f1be834e1916a0997& marginal=BIB\2021\3733&docguid=I37412940c8c211ebaedeee5ed918e7cd&ds=ARZ_LE GIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#>

⁴⁶⁰Acerca del Código Civil, el artículo 253 contempla las medidas de apoyo provisional para las personas que lo necesiten de modo urgente, debiendo dar conocimiento al Ministerio Fiscal en un plazo de veinticuatro horas. Las funciones del Ministerio Fiscal incluyen también la función de vigilancia, la función de control sobre el guardador de hecho para poder defender los intereses de la persona con discapacidad, todo ello permitiendo al Ministerio Fiscal poder requerir al guardador en cualquier momento para que informe de la actuación que está llevando a cabo, extremos que se recogen en el artículo 265 del Código Civil. Respecto a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la reforma que introduce son los nuevos artículos que tienen la función de establecer medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, debiendo llevarlas a cabo mediante un expediente que puede ser promovido por el Ministerio Fiscal entre otras personas que establece la ley, o se puede poner en conocimiento del mismo Ministerio Fiscal a través de un tercero. Se establece también que cualquier oposición que recibiera este expediente por cualquiera de las partes, pondría fin a las medidas de apoyo del mismo. Con esta nueva modificación, la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye al Ministerio Fiscal una intervención positiva, debiendo velar durante todo el

En consecuencia y cómo ha quedado especificado, es el Ministerio Fiscal el que ostenta la vigilancia y la defensa en los procesos civiles de los menores y de las personas discapacitadas, debiendo dicha institución velar por el interés superior del menor y por garantizar y salvaguardar la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad, tal y como establece la actual ley.

1.3.- La defensa del menor en los Juicios de Familia. Comparativa entre España y Argentina.

Para ilustrar de una forma más amplia los casos en que preceptivamente el Ministerio Fiscal deberá intervenir dentro del ámbito civil en el ordenamiento jurídico español, pasamos a realizar una comparativa sucinta de nuestra institución, el Ministerio Fiscal, con una institución que se le asimile en un país distinto.

La comparativa de la figura que ostenta el Ministerio Fiscal aquí en España, se llevará a cabo, de forma sucinta, con Argentina. La elección de este país no es al azar, Argentina es un país en el que encontramos una institución parecida a la que existe en el ordenamiento jurídico español además de hacer mención a otro organismo coetáneo, que no tiene comparativa, y que suple las carencias e incompatibilidades de representación que pueda padecer el Ministerio Fiscal.

En Argentina, se presta asesoría jurídica a los menores a través de la actuación del Ministerio Público pudiendo ser esta complementaria o principal respecto a

procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, tal y como recoge el art. 749.1 del referido texto legal. Consiguientemente, el Ministerio Fiscal no debe iniciar o promover el proceso si se concluye que puede haber otras vías a través de las que la persona puede obtener el apoyo que necesita, según establece el artículo 757.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación a la disposición transitoria quinta de la ley 8/2021 se establece la revisión de las medidas que se hubiesen instaurado anteriormente a la entrada en vigor de la misma ley para poder adaptarlas. Se deberá presentar una solicitud en el plazo máximo de un año para hacerlo, en el caso de que no se haga, será función o bien de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años pedir dicha revisión.

las personas que requieran de un sistema de apoyo en el ámbito judicial⁴⁶¹. Esta misión del Ministerio Público tiene como prioridad, promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República⁴⁶².

El denominado asesor de menores, que no es otra figura que la perteneciente al Ministerio Público, actúa respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida o que requieren sistemas de apoyo para el ejercicio de su capacidad. En este caso encontramos la gran diferencia en que esta figura del ordenamiento argentino actúa conjuntamente con los progenitores de los niños o niñas y adolescentes para la mejor defensa de sus derechos. Se trata de un defensor constitucional, se pronuncian conforme al derecho, es decir defenderá el interés superior del menor desde una visión adulta, no debiendo plegarse a la posición del niño.

Además, en Argentina encontramos una figura que no debe confundirse con el Ministerio Fiscal o, denominado también, ministerio público, dicha institución que no encontramos en el ordenamiento jurídico español, se trata de un sujeto activo de los derechos en los procedimientos, se trata del denominado abogado de los niños, niñas y adolescentes⁴⁶³.

Este abogado de los niños defiende a los menores independientemente de su edad o madurez, y es una de las formas de suplir esas carencias que puede generar la figura del Ministerio Fiscal. Será el encargado de defender los intereses particulares del menor, siguiendo las instrucciones del mismo. Todo menor que se vea afectado o inmerso por un proceso judicial tendrá derecho a contar con un abogado.

⁴⁶¹M. Alesi, "Principios rectores del debido proceso", en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial*, ed. Fernández Silva (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015), 2403-2446.

⁴⁶² Artículo 120 de la Constitución de la Nación Argentina, Sección Cuarta, del Ministerio Público.

⁴⁶³A. Alonso Carvajal, "La figura del "abogado del niño" en la Argentina", Red Abogados:<<https://redabogados.eu/derecho-de-familia/la-figura-del-abogado-del-nino-en-la-argentina/>>

La función de abogado del menor la llevaran a cabo profesionales capacitados y especializados en la materia, para así proteger y representar de la mejor manera al menor atendiendo a su especial condición de vulnerabilidad.

Se ve claramente como la figura del asesor de menores y la del abogado del menor pueden coexistir ya que la función del primero defiende exclusivamente los intereses del estado argentino, en cambio la figura del abogado de los niños y niñas tiene como función ejercer la defensa técnica, el acompañamiento y asistir al niño, debe defender sus intereses ejerciendo la representación necesaria.

1.4.- Defensa técnica de los intereses del menor. Reglas actuales.

Este apartado se centra en la figura del Ministerio Fiscal focalizada en los intereses de los menores en los procesos civiles. Encontramos una serie de normas civiles y procesales reunidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶⁴ en el capítulo IV “de los procesos matrimoniales y de menores” entre los artículos 769 a 781 que se orientan a regular las situaciones de crisis familiares.

Esta normativa procesal a la que se ha hecho referencia viene suplementada con ciertas previsiones establecidas en el Código Civil⁴⁶⁵, entre los artículos 81 al 107 que ocupan distintos capítulos, exactamente del capítulo VII al capítulo XI, y que son los relativos a la; separación, la disolución del matrimonio, los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y la ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio.

⁴⁶⁴España. Ley Ordinaria 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7, 575 a 728.

⁴⁶⁵España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 81 a 107.

En los escenarios sobre crisis familiares en los que se encuentran inmersos niños y niñas menores de edad, debemos tener en cuenta si el proceso que se va a llevar a cabo será de mutuo acuerdo o bien si se tratará de un proceso contencioso⁴⁶⁶. Si el procedimiento afecta a los menores el Ministerio Fiscal con carácter preceptivo deberá intervenir conforme a lo que establece el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo llamado desde el momento en que se alerta que en el conflicto existen menores de edad.

Si el procedimiento que se sigue es a través de la vía contenciosa, la primera actuación que cabría plantear sería la solicitud de medidas provisionales previas a formular la demanda, tal y como establece el artículo 771 de la LEC. Para la formulación de estas medidas provisionales no será necesaria la intervención de procurador y abogado, pero la intervención de los mismos sí que será necesaria para los escritos y las actuaciones inmediatamente posteriores.

De esta solicitud se desprende la celebración de una comparecencia en la que deberán estar presentes las partes y el Ministerio Fiscal. En esta fase procesal, se prevé la posibilidad de practicar pruebas y aunque no se excluye la escucha del menor, en relación con las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12⁴⁶⁷, en un contexto de medidas provisionales no suele realizarse.

En todos estos procedimientos se le otorga al Ministerio Fiscal lo que denominamos la triple función que engloba además de un seguimiento más constante de la delicada situación de los menores, un control más periódico. Asimismo, será quién tendrá que supervisar y defender los intereses de aquellas

⁴⁶⁶S. Becerril (Defensora del Pueblo), "Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia", Portal del Defensor del Pueblo: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/>>

⁴⁶⁷España. Acuerdo Internacional, de 20 de noviembre de 1989, Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, 38897-38904.

personas o colectivos de personas que se encuentren en una posición de debilidad en los meritados procesos, como son los menores.

Una de las más importantes problemáticas de la Fiscalía y que se analizará en detalle en el último apartado de este punto es que, en la mayoría de casos, esta institución no dispone de medios técnicos propios para poder supervisar la situación sociofamiliar o las medidas propias que realizan los servicios de protección.

En los supuestos que se han ido mencionando a lo largo del presente análisis, cabe destacar que aunque el Ministerio Fiscal es el órgano encargado de la defensa técnica de los menores, en ningún caso las decisiones relativas a los mismos serán en función de las opiniones o advertencias que pueda hacer el mismo, ya que el órgano judicial será en último caso quién tendrá que valorar sopesando toda la prueba que se haya ido practicando o los informes que pueda haber emitido el Ministerio Fiscal pero en ningún caso excluyendo la potestad jurisdiccional recogida en la constitución, siempre teniendo en consideración que el Ministerio Fiscal es el defensor de sus intereses pero que el juez no queda exclusivamente vinculado al veredicto del Ministerio Fiscal⁴⁶⁸.

Por lo tanto, lo que deberá hacer el juez en estos supuestos de crisis matrimonial en los que no haya un convenio regulador de mutuo acuerdo o en los casos en los que aun existiendo dicho convenio regulador, el juez no lo apruebe, será adoptar unas medidas en relación con los hijos. Para llevar a cabo estas medidas, es decir, acordar un régimen de guarda y custodia, de visitas, así como una pensión de alimentos, el juez recabará el informe del Ministerio Fiscal, que tendrá en gran consideración, pero no quedará expresamente vinculado al mismo. Tendrá, además, que oír a los menores cuando estos tengan suficiente juicio y madurez, hecho que deberá ser estimado de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, de partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. En base a las alegaciones que realicen las partes, la prueba que se

⁴⁶⁸Proceso civil: *Los procesos matrimoniales y de menores* (Navarra: Aranzadi, 2012), 36.

practique y la relación que los progenitores guarden entre sí dando también importancia a la relación que mantengan con cada uno con los menores, en base a todas estas observaciones de determinará con idoneidad el régimen de guarda⁴⁶⁹.

En el caso de los procedimientos de mutuo acuerdo en los que haya menores involucrados y como ha quedado especificado anteriormente, se presenta un convenio regulador siendo el Ministerio Fiscal quien deberá examinar las partes que involucren a los hijos, así como entender qué medidas amparan suficientemente al menor, solicitando con ello, su aprobación. Por lo contrario, puede ser que el Ministerio Fiscal no crea que el amparo sea suficiente para el menor, que no se está anteponiendo el interés del mismo y por lo tanto deniegue dicho convenio regulador a través de la emisión de un informe desfavorable.

Cuando en el supuesto existen menores y el proceso se torna contencioso, el Ministerio Fiscal tiene la función de actuar como una tercera parte más en el procedimiento para velar por el interés del menor. En este caso el Ministerio Fiscal deberá contestar a la demanda solicitando la adopción de medidas provisionales, para que los extremos que se adopten sean los que rijan de forma provisional hasta la celebración del juicio principal y pudiéndose adoptar en ese momento, las medidas definitivas. En ambos casos, el Ministerio Fiscal deberá estar presente en las comparecencias y escuchar a las partes y, a partir de las pruebas practicadas, deberá solicitar la adopción de medidas provisionales que regirán hasta que se celebre el juicio principal pudiendo o no coincidir con las posteriores pretensiones finales. Ulteriormente si existiera algún recurso a la sentencia que se dictase, también tendría que estar presente el Ministerio Fiscal⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹M. Goñi Rodríguez de Almeida, *Manuales Universitarios. Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo V.* (Navarra: Aranzadi, 2020), 223.

⁴⁷⁰Mateo Bueno, El Ministerio Fiscal y el «interés superior del menor», una extraña pareja”. Portal personal. Disponible en <<https://www.mateobuenoabogado.com/el-ministerio-fiscal-y-el-interes-superior-del-menor-una-extrana-pareja/>>

Para llevar a cabo la defensa del interés del menor, el Ministerio Fiscal debe principalmente tener en cuenta su interés superior, entendido como un derecho fundamental subjetivo.

Lo que caracteriza este concepto jurídico es que es indeterminado, es un criterio que en cada supuesto concreto se delimita en el momento de su aplicación ponderando las circunstancias concretas de cada caso no pudiendo encontrar una solución exacta en la ley; siendo lo único que aparece una serie de aspectos que deben ser valorados, anteponiendo siempre las necesidades de los menores como punto principal de sus derechos y de su protección⁴⁷¹.

Queda fijado, por lo tanto, por el principio del que parte la Convención de los Derechos del Niño, que el interés del niño debe ser considerado superior a los demás intereses que puedan encontrarse en juego y este deberá ser el que siempre prevalezca. La importancia de este principio reside en que los menores se encuentran en cierta desventaja, tienen menores posibilidades de poder defender sus intereses con la fuerza que podría hacerlo una persona adulta, no encontrándose en un espacio dónde ellos mismos tengan participación activa⁴⁷² por lo tanto deberá estar presente siempre esa figura que salvaguarde sus intereses y procure defenderlos.

Cómo bien expone Parra Lucán⁴⁷³ *“el reconocimiento constitucional e internacional del interés al menor permite afirmar que en este ámbito lo natural es que se acabe generando una suerte de Derecho común en el que las soluciones adoptadas pro jueces y tribunales estén guiadas por criterios*

⁴⁷¹Domínguez Reyes, J. “El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 787 (2021), 2213 - 2234.

⁴⁷²S. Becerril (Defensora del Pueblo), “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Portal del Defensor del Pueblo: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/>>

⁴⁷³M. Parra Lucán, “El principio del interés del menor en la jurisprudencia”, en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, ed. Picó y Junoy J, Abel Lluch X, Miranda Vázquez C. (Barcelona: José María Bosch Editor, 2018), 25 – 52.

semejantes, dirigidos a lograr en cada caso la que mejor se adapte al interés del menor”.

Será potestad del Ministerio Fiscal defender y velar para salvaguardar este interés del menor, función que no se lleva a cabo de una única forma debido a que no existe una fórmula exacta para hacerlo. Deberán atender a los informes de técnicos expertos, las observaciones entre la relación que puedan tener los progenitores o guardadores entre ambos y con el menor y, si se diera el caso, de que el menor tenga la madurez suficiente y pueda escuchársele.

Determinar el interés superior del menor conlleva intrínsecamente una dificultad enorme, pero a esta a veces se le suma el hecho de que exista cierta desatención de dicho interés o limitaciones por entenderse que se les da más importancia a otros aspectos. Frente a este riesgo se utiliza la garantía de escuchar la opinión del niño, pero no siempre es posible.

Así como expone la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 en su fundamento jurídico quinto *“sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño”*⁴⁷⁴.

Por consiguiente, el Ministerio Fiscal deberá asegurarse de defender los intereses de los menores y que no cedan delante de otros intereses, cumpliendo así con la defensa del Estado de las personas vulnerables, pudiendo decretar a instancia del Ministerio Fiscal e incluso de oficio por parte de los tribunales, las pruebas que estime pertinentes.

⁴⁷⁴Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo de 2000. Recurso de amparo 4.233/1996. Ref. BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000, 40-46.

1.5.- Facultades y competencias que otorga la Ley 50/1981 al Ministerio Fiscal.

Focalizando la atención en la evolución que ha tenido la institución del Ministerio Fiscal a lo largo de la historia, se puede afirmar que su evolución, a grandes trechos, ha ido fluctuando, partiendo en un principio de la defensa de los intereses económicos y patrimoniales del fisco y finalmente llegando a ser la institución que debe salvaguardar la tutela de los intereses públicos generales y velar para defender y proteger los intereses de los colectivos especialmente vulnerables e indefensos⁴⁷⁵.

A) Marco normativo.

Es en el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde se recoge el precepto que marca la intervención del Ministerio Fiscal específicamente en este ámbito del derecho. Tendrá preceptiva intervención dicha institución en los procesos en que se adopten medias judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en las nulidades matrimoniales, en la sustracción internacional de los menores, así como en los temas de filiación. Su intervención es preceptiva independientemente de que el mismo haya sido o no promotor de dichas acciones, porque el Ministerio Fiscal intrínsecamente forma parte de ese proceso debiendo adoptar la postura de defensor de los derechos de las personas con discapacidad debiendo salvaguardar su voluntad, deseos y preferencias y defender el interés superior del menor⁴⁷⁶.

Cabe destacar también el artículo 174 el Código Civil ya que aquí la figura del Ministerio Fiscal cobra una especial trascendencia por afectar a la tutela o la guarda de los menores, al otorgar como función del Ministerio Fiscal la superior vigilancia de los menores.

⁴⁷⁵ B. Vargas Cabrera, *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor* (A Coruña: Jornadas de Derecho Civil, 1997), 11-21.

⁴⁷⁶ España. Ley Ordinaria 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 7, de 8 de enero de 2000, 575-728.

Tal y como quedó recogido al principio del presente epígrafe primero, es la Ley 50/198 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por la cual se le otorga al Ministerio Fiscal en su artículo primero *“la misión de promover la acción de justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social”*⁴⁷⁷. Es en esta ley dónde se encuentra todo el desarrollo legislativo del principio de legalidad.

Es en esta misma ley en la que establece el desarrollo legislativo del principio de legalidad y específicamente es en el artículo 6 en el que se concreta esta sujeción del Ministerio Fiscal a la Constitución, a las leyes y al resto de normas que integran el ordenamiento jurídico ahora vigente. Se trata de un precepto con poca utilidad práctica debido a que explicita que queda sujeto a las normas que tienen un carácter superior e integradas en todo el entramado legislativo del estado en base a una obviedad cómo bien apunta Guibert Ovejero-Becerra⁴⁷⁸.

B) Principios que rigen las actuaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal posee personalidad jurídica propia que actúa bajo los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica fijados en el artículo segundo de la presente ley. De todos modos, igualmente, queda sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad.

En este artículo primero queda configurada legalmente la figura del Ministerio Fiscal fijada como un operador jurídico imparcial que *promueve la acción de justicia en defensa de la legalidad*. Se configura en la Constitución Española en su artículo 124.

⁴⁷⁷España. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 11, de 13 de enero de 1982, 708-714.

⁴⁷⁸S. Guibert Ovejero-Becerra, “Principios rectores del Ministerio Fiscal” en *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017), 213.

Es en el artículo tercero dónde quedan plasmadas las misiones que le corresponderán al Ministerio Fiscal. Empieza fijando, en el primer epígrafe, cómo desarrollar su función jurisdiccional eficazmente, que será ejerciéndola conforme a lo que establece la ley, dentro de los plazos establecidos y mediante las acciones que tenga previstas.

El Ministerio Fiscal, según la ley artículo tercero en el segundo epígrafe, deberá ejercer dichas acciones con el sometimiento establecido por la legislación a los principios que correspondan siempre atendiendo a que las funciones que desempeñe tienen que ser defendiendo la independencia tanto de jueces como tribunales.

El Ministerio Fiscal también deberá velar porque se respeten los derechos fundamentales y libertades públicas cuando esté actuando. Deberá también ejercitar aquellas acciones penales y civiles provenientes de delitos, así como en el proceso penal, instar que se adopten medidas cautelares o diligencias que ayuden a esclarecer los hechos, todo esto queda fijado por los epígrafes tercero, cuarto y quinto.

C) Actuación dentro de los procesos judiciales.

En cuanto a los procesos civiles, hace referencia a ellos en los apartados seis y siete, dónde refiere que deberá tomar parte en defensa de la legalidad e intervenir en los procedimientos civiles, cuando lo determine la ley estando comprometido el interés social o cuando afecte a personas menores.

En los siguientes epígrafes del mismo artículo, el Ministerio Fiscal, según manda la ley, tendrá que posteriormente velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que conlleven afección del interés público o social, custodiar la integridad de la jurisdicción y proteger procesalmente a las víctimas o testigos.

Además, es de preceptiva intervención su figura cuando se trata de procesos judiciales de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad, así como interponer recursos de amparo constitucional. En materia de responsabilidad penal de

menores deberá ejercer sus funciones atendiendo al interés superior del menor. Asimismo, por lo que injiera al tribunal de cuentas deberá intervenir. A nivel internacional deberá prestar la ayuda que se le solicite, promoviendo o prestando auxilio judicial y deberá finalmente también ejercer aquellas funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.

Básicamente, deberá ejercer todas esas funciones que a grandes rasgos se van enumerando en este precepto pero que después encuentran un desarrollo más amplio en distintas leyes del ordenamiento jurídico, y aquí se desprende la sutil idea de cómo el Ministerio Fiscal cumple con las misiones que quedan consolidadas en el artículo primero de la presente ley.

D) Actuación dentro de los procesos civiles de familia.

Principalmente por el tema que aquí nos ocupa, el precepto que destacamos de este artículo es el apartado séptimo que literalmente recoge que el Ministerio Fiscal deberá “*Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*”⁴⁷⁹. Es de este artículo tercero apartado séptimo dónde se le otorga la función que se ha desgranado a lo largo de los distintos apartados del presente epígrafe. El apartado inmediatamente anterior, el artículo tercero apartado sexto, también va íntimamente relacionado con el séptimo.

Este apartado sexto sirve para puntualizar que será de facultativo cumplimiento por parte del Ministerio Fiscal defender en los procesos civiles el interés público general y, evidentemente cómo ya se ha mencionado con anterioridad, de los colectivos que requieran de la intervención del Ministerio Fiscal para que defienda y tutele sus intereses.

Es decir, las funciones que se le otorgan al Ministerio Fiscal en virtud de esta ley y que teniendo en cuenta el derecho de familia, que es la materia que aquí se

⁴⁷⁹España, Ley Ordinaria 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Boletín Oficial, 13 de enero de 1982, núm. 11, 708-714.

está tratando, son los distintos puntos seis y siete los que le dan, atribuyen las facultades que son necesarias para que defiendan a los menores. En los procesos civiles cuando estén involucrados los menores y este comprometido el interés social, deberá involucrarse el Ministerio Fiscal para proveer mecanismos ordinarios de representación.

Además, en el artículo inmediatamente anterior, puntualiza que tomará parte en aquellos procesos en que en materia de derecho civil afecten cuestiones de interés público o social. Por lo tanto, ampara el hecho de defender en caso de existencia de menores, pero además muchas veces estos casos implican implícitamente la existencia de intereses sociales o públicos, que se benefician también de la intervención del Ministerio Fiscal.

1.5.1.- Funciones del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

La intervención del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores en el marco de los procesos civiles abarca los asuntos relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y sustracción internacional de menores, será también preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor. Los procedimientos que requieren de la participación de la figura del Ministerio Fiscal quedan recogidos en el artículo 749 de la LEC.

Empezando por la posición del Ministerio Fiscal en los procesos de determinación e impugnación de la filiación es de demandado. La función que desempeña es como en todos los casos la de velar por el interés del menor, teniendo en cuenta además que la filiación es una cuestión de orden público. Tiene que intervenir en todas las distintas fases del procedimiento, debe realizar tanto la contestación a la demanda como estar presente el día de la celebración

del juicio, deberá personarse, si ese fuera el caso, en los eventuales recursos que se pudiesen plantear en relación con el mismo caso⁴⁸⁰.

La siguiente materia que tratar en que el Ministerio Fiscal tiene una intervención preceptiva es en los asuntos matrimoniales y, en especial en los asuntos relativos divorcio o la separación, así como a todos los procesos de adopción de medidas de guarda y custodia de los menores.

Dentro de los casos de separación, divorcio o la adopción de medidas de guarda y custodia, se tiene que diferenciar, como anteriormente hemos señalado, que se procede de una forma distinta si estos trámites se realizan de mutuo acuerdo, procedimiento que queda regulado en el artículo 777 LEC, que, si se realizan de forma contenciosa, proceso fijado en el artículo 740 LEC. Si en estos supuestos existen menores, la forma más eficaz y beneficiosa es el mutuo acuerdo, siempre es mejor si son los mismos progenitores los que pueden ponerse de acuerdo sobre las estipulaciones que regirán las relaciones con los hijos y entre ellos mismos.

La distinción del mutuo acuerdo y los casos contenciosos es que, en el primero, el Ministerio Fiscal deberá examinar el convenio regulador firmado y ratificado por ambos cónyuges, debiendo examinar si las medidas recogidas son las más beneficiosas para los menores, aquí el Ministerio Fiscal no suele oponerse a no ser que se observe alguna vulneración clara o se vea comprometido el interés superior del menor, en dicho caso se interesará alguna modificación de medidas del convenio. En cambio, en los supuestos contenciosos, tiene la función de la práctica de la prueba, consistente en interrogar a las partes, a los testigos, a proponer interrogatorios, a escuchar a los menores de más de 12 años, así como los que se considere que tienen suficiente juicio sin tener dicho mínimo de edad. Posteriormente se debe emitir un informe oral exponiendo las medidas que, en

⁴⁸⁰E. Gutiérrez Mayo, “La intervención del Fiscal en la jurisdicción civil”, Lawyerpress NEWS. Disponible en: <https://www.lawyerpress.com/2020/06/24/la-intervencion-del-fiscal-en-la-jurisdiccion-civil/#_ftn2>

base a la prueba practicada, se consideren más correctas y beneficiosas para defender al menor⁴⁸¹.

Cuando hablamos de medidas relacionadas con el menor, tanto en un proceso de mutuo acuerdo como en uno contencioso fundamentalmente hablamos de que se debe dirimir en relación a la patria potestad del menor, la guarda y custodia, la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de visitas y la pensión de alimentos.

Todas estas cuestiones son sobre las que el Ministerio Fiscal o bien debe emitir un informe resolviendo estos puntos, o bien aceptar que las posiciones establecidas en el convenio regulador son las acertadas y beneficiosas para el menor. Como bien se señala en la ley 50/1981 en su artículo tercero, estas son las funciones que debe desempeñar el Ministerio Fiscal interviniendo en los procesos civiles en los que haya menores inmersos.

1.5.2.- Ejemplo de jurisprudencia comentada relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos de familia.

A modo de ejemplo, resulta interesante mencionar la siguiente sentencia en la que se ha puesto de manifiesto el meritado artículo tercero apartado séptimo juntamente con el artículo sexto relacionado con la intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos de familia.

Por un lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 836/2016 de 24 de noviembre de 2016. Este supuesto trata de un recurso de apelación que se ha elevado a la instancia en la que se dicta la presente sentencia en relación con una modificación de medidas, el régimen de visitas que tienen los progenitores respecto a sus hijos.

En su fundamento de derecho primero se explica que las partes querían desistir del procedimiento contencioso que habían iniciado porque habían llegado a un

⁴⁸¹Ídem.

acuerdo y que sendos procuradores así lo hicieron saber a través de un escrito desistiendo del mismo recurso. Cómo ya ha quedado constatado, aunque se desista del procedimiento contencioso, en un procedimiento de mutuo acuerdo deberá personarse también el Ministerio Fiscal para garantizar exactamente y salvaguardar los mismos derechos por los que tiene que velar en medio de un litigio contencioso. Se entendió que el procedimiento seguía su curso ya que las partes no se ratificaron personalmente en el acuerdo. Pero aquí se refiere a la nulidad del procedimiento debido a la no personación del Ministerio Fiscal por no emitir el informe que deben redactar y que se recoge de forma expresa en el artículo 749.2 de la LEC.

Se aprecia de forma clara la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal cuando hay menores involucrados y, además, así como recoge la sentencia, “*mandato acorde con las funciones que los apartados 6 y 7 del artículo 3 de la ley 50/1981 ... atribuyen a este para la satisfacción de la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público*⁴⁸².” Claro ejemplo de que la personación del Ministerio Fiscal no es potestativa, sino que preceptivamente debe estar presente en todas aquellas situaciones en que se vean involucrados menores para defender el interés superior del menor.

La función que se le atribuye no es solo defenderlo en todo aquello que propiamente una norma pueda establecer, respecto a qué será más beneficioso para los hijos menores de edad, para que prevalezca el interés superior del menor, sino que además tiene encargada la función de hacer una “*interpretación correctora de la normativa cuando lo que está en juego es el interés del menor*”, así es cómo lo declaró Eduardo Badena Ruiz, magistrado de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de ahora en adelante TS, al analizar la jurisprudencia más reciente en materia de derecho de familia del TS⁴⁸³, específicamente la Sentencia del TS de 17 de febrero de 2015 (8478/2015).

⁴⁸²Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 836/2016, de 24 de noviembre de 2016.

⁴⁸³Noticias Jurídicas, 2015. *Cuando está en cuestión el interés superior del menor, la respuesta no puede ser la interpretación literal de la norma* · Noticias Jurídicas. Noticias Jurídicas. Disponible en: <<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9237->

Eduardo Baena Ruíz y el magistrado del Tribunal Supremo José Antonio Seija, coinciden en que el concepto de familia ha evolucionado y está en constante fluctuación, debido a la heterogeneidad de la que se compone el concepto de familia y la complejidad que acarrea. Todo ello conlleva una dificultad inmensa a la hora de establecer una doctrina jurisprudencial clara para poder marcar un camino a seguir.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo tiene que ser un órgano vivo, tal y cómo concluye Jose Antonio Seijas Quintana para ser capaz de dar respuesta a la cambiante realidad y tener en cuenta que, a veces, hay casos en los que los criterios uniformes no son de utilidad debiéndose analizar el supuesto concreto.

Tomando de referencia estas puntualizaciones hechas por magistrados del Tribunal Supremo, son las que deben regir para el Ministerio Fiscal a la hora de llevar a la práctica sus facultades de defensa de los menores que se le otorgan por ley.

1.6.- Carencia e imposibilidad de representación ordinaria. Alcances.

A lo largo de los anteriores epígrafes, se ha hecho referencia a que, dentro de las funciones que se desempeñan por parte del Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia con menores, es decir, en los que preceptivamente debe intervenir, existen ciertas carencias o limitaciones en la representación ordinaria que debe ostentar el mismo Ministerio Fiscal.

Todas las partes intervinientes en los procesos de esta especialidad coinciden en la necesidad de establecer una justicia de familia dinámica y cualificada para poder atender convenientemente a los ciudadanos. Aquí destacamos una

cuando-esta-en-cuestion-el-interes-superior-del-menor-la-respuesta-no-puede-ser-la-interpretacion-literal-de-la-norma-/>

carencia del sistema judicial en lo que a medios puede referirse debido a que en la práctica encontramos una gran diferencia entre los distintos partidos judiciales. Hay ciudades que poseen juzgados especializados en familia dónde únicamente se dedican a dicha materia y luego en el resto, los procedimientos en materia de familia se llevan a cabo en los juzgados mixtos dónde se abarcan muchas materias, de forma indistinta, en un mismo juzgado.

De modo que, en los juzgados mixtos un mismo día de vistas civiles se mezclan tanto procesos de familia, como procesos de protección de la propia imagen o bien casos de procedimientos penales como puede ser un juicio por delito leve o un juicio rápido durante la guardia.

Esta confluencia de casos y causas distintas en un mismo y único juzgado desencadena retrasos en los juicios y sobrecarga de señalamientos, traduciéndose ello en menos tiempo de dedicación en el caso e incomodidad durante la espera para la posterior declaración⁴⁸⁴.

El Ministerio Fiscal, que es la institución encargada en los procesos de familia de hacer cumplir la legalidad amparando el mejor interés de los menores, tiene una labor distinta dependiendo del procedimiento que deba llevar a cabo. En los procedimientos de mutuo acuerdo dónde especificábamos que su labor radicaba en asegurarse, mediante un informe, que los pactos que alcanzaban las partes en un convenio regulador fueran favorables por el interés del menor. En el procedimiento contencioso la postura que adopta tendría que ser más extensa y activa. En estos tipos de procesos es cuando se hace evidente que el Ministerio Fiscal lleva aparejada una serie de carencias respecto a las funciones que ejercita.

⁴⁸⁴E. Gutiérrez Mayo, “La necesidad de juzgados de familia especializados en todo el territorio para garantizar la igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley”, Plataforma Familia. Disponible: <<https://plataformafamiliayderecho.org/2020/05/08/la-necesidad-de-juzgados-de-familia-especializados-en-todo-el-territorio-para-garantizar-la-igualdad-de-los-ciudadanos-en-la-aplicacion-de-la-ley-articulo-de-la-fiscal-escarlata-gut/>>

El problema descende de la rotación de los distintos Fiscales en los procedimientos en los que más de una persona termine llevando el mismo asunto en los diferentes momentos procesales dificultando ello, tanto el conocimiento del caso que se está debatiendo cómo la implicación que pueda tener el Ministerio Fiscal en el mismo. Su función en estos casos variará y dependerá de si las partes llegan a alcanzar un acuerdo a la previa celebración del juicio, o si por el contrario se procede a la celebración del acto de la vista.

El Ministerio Fiscal conoce de la causa cuando se le da traslado de un expediente judicial que lo conforman la demanda y el escrito de contestación, siendo en este momento cuando el Ministerio Fiscal deberá redactar su propio escrito de contestación. Se trata de un trámite preceptivo para esta institución a pesar de que dichas contestaciones muy breves que, por lo general, no llegan a valorar concretamente el caso de tal forma que aporten nuevas consideraciones relevantes.

Paralelamente a la costumbre de excusarse, el Ministerio Fiscal cuenta, de forma diaria, con varios expedientes judiciales que suele repasar de forma previa al inicio de la vista, conllevando ello a que el conocimiento del caso suela ser muy escueto y limitado. Tal y como ya se ha hecho referencia anteriormente, existen ocasiones en que se llevan a cabo rotaciones de fiscales dentro de la misma causa. Podríamos encontrarnos en el caso que el Ministerio Fiscal que ha hecho el trámite anterior de contestación de la demanda no sea el mismo que se encuentra el día de la vista del juicio con la falta de conocimiento al detalle del asunto que ello podría conllevar.

El Ministerio Fiscal coopera para que se llegue a un acuerdo antes de entrar a celebrar el juicio y es aquí cuando muestra su posición respecto a lo que considera más favorable para el menor y su principal postura en el caso de que no se llegue a acuerdo. En definitiva, su intención es un posible acuerdo entre las partes y anticipa la línea que seguirá en lo que a la defensa del menor respecta. Si no fuese posible un acuerdo previo, se da lugar al inicio de la vista contenciosa, dónde, a través de las pruebas que se van practicando, se va

creando una opinión para extender unas conclusiones que conformen la mejor solución para la defensa de los intereses del menor⁴⁸⁵.

Las conclusiones y la petición que formule el Ministerio Fiscal en fase de informe son valoradas con prioridad por parte del juez ya que representa una tercera posición en el conflicto y quién tiene otorgado un mayor grado de objetividad, debido a que el Ministerio Fiscal no es parte del proceso en sentido estricto, es un funcionario que está obligado a intervenir para defender y tutelar, de forma objetiva e imparcial los derechos de los menores⁴⁸⁶.

Por lo mencionado anteriormente cabe sintetizar que la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos con menores e incapacitados es preceptiva, quedando ello recogido en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se establece que será el encargado de velar por la salvaguarda del interés superior del menor en toda la sustanciación del proceso. Por tanto, el Ministerio Fiscal es una figura que se recoge en la legislación española que deberá intervenir tanto si el procedimiento se tramita de mutuo acuerdo, como si finalmente se debe resolver por la vía contenciosa.

En el supuesto en el que aquí se centra la atención y que radica en materia de derecho de familia son muchos los casos que, aunque el Ministerio Fiscal no estuvo presente en las vistas, el tribunal no decreta la nulidad de actuaciones porque considera que indistintamente de la no asistencia el día de la vista el Ministerio Fiscal ha podido seguir correctamente el transcurso de la misma⁴⁸⁷. Para que se hubiese dado la nulidad de actuaciones no es suficiente con que se hayan infringido las normas procesales, siendo necesario que exista una

⁴⁸⁵Javier, G. "Intervención del Ministerio Fiscal en procesos de familia", Casasempere Abogados. Disponible: <<https://casasempereabogados.com/intervencion-del-ministerio-fiscal-en-los-procesos-de-familia/#cual-es-el-papel-del-fiscal-en-los-procedimientos-de-familia>>

⁴⁸⁶I. Vivas Tesón, "La absoluta desprotección del menor desde que se reduce la ruptura parental hasta su judicialización", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756 (2016), 1917-1956.

⁴⁸⁷O. Cano Fuentes, "El Ministerio Fiscal Puede No Estar Presente En La Vista", El Blog de Oscar Cano. Disponible en: <<https://www.oscar-cano.com/el-ministerio-fiscal-puede-no-estar-presente-en-la-vista/>>

indefensión, que según el tribunal en este caso no se da por la no comparecencia del Ministerio Fiscal en la vista⁴⁸⁸.

Además, la nulidad de actuaciones debe solicitarse a instancia de parte, tal y como establece el artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para que la nulidad de una actuación pudiese hacerse valer en sede de recurso, consta como requisito esencial en la ley que será necesario que se aprecie y se solicite de parte la infracción procesal mediante manifestación o protesta de la no comparecencia del Ministerio Fiscal en la vista.

Es importante analizar el Auto que se detalla a continuación, que muestra de forma clara supuestos que en la práctica diaria sucede en los que el hecho que el Ministerio Fiscal no haya estado presente en la vista no se manifiesta de forma negativa y comportando esto una infracción, sino que el mismo puede seguir con las actuaciones como si hubiese estado presente y atendiendo a todo el proceso.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 275/2016, de 28 de septiembre de 2016⁴⁸⁹, trata de un recurso de apelación contra la sentencia de un juzgado de primera instancia de Sant Boi de Llobregat. En dicho auto dictado por la Audiencia Provincial “[...] consta que el Ministerio Fiscal, pese a no estar presente en la vista, ha tenido un adecuado seguimiento. El hecho de no haber asistido a la vista a la que estaba citado [...] no supone infracción procesal alguna dado que la ley procesal no exige que la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso se realice mediante su presencia en este acto procesal, sino que basta que sea oído, así como que haya constancia en autos de su conocimiento cumplido de todo actuado”. El tribunal no lo consideró como una infracción procesal porque, aunque la ley establece la personación del Ministerio Fiscal en el procedimiento, la misma no exige que la intervención de este deba realizarse mediante la presencia en ese acto procesal. Por lo tanto, será suficiente para el

⁴⁸⁸O. Cano Fuentes, “La Nulidad De Actuaciones En El Proceso De Familia”, El Blog de Oscar Cano. Disponible en: <<https://www.oscar-cano.com/la-nulidad-de-actuaciones-en-el-proceso-de-familia/>>

⁴⁸⁹Audiencia Provincial de Barcelona (Sección núm. 12). Sentencia núm. 275/2016, de 28 de septiembre de 2016.

Fiscal comunicar la no asistencia al juzgado y que quede constancia de su conocimiento en las actuaciones, es decir, que sea emplazado y notificado de las resoluciones. Como es evidente, el hecho de no estar presente en el acto de la vista genera incertidumbre a las partes habida cuenta de que ello supone no llevar a cabo el pertinente interrogatorio ni ser partícipe de un momento procesal en el que la prueba que pueda practicarse es concluyente.

En la misma línea, se destacan tres sentencias más en las que en sede de apelación se invocaron como defectos procesales determinantes de una nulidad la no comparecencia ni información del Ministerio Fiscal.

La primera sentencia es de la Audiencia Provincial de Barcelona 558/2014, de 18 de septiembre de 2014⁴⁹⁰. En esta segunda instancia se solicita la nulidad planteando por parte del recurrente la no intervención del Ministerio Fiscal, ya que su intervención es preceptiva en los procesos de familia, queda recogido en el artículo 749.2 de la LEC. La sentencia hace referencia que consta en autos que la demanda fue debidamente notificada al Ministerio Fiscal que procedió a evacuar trámite para que se le tuviera por *“personado y parte en el procedimiento en defensa y protección del interés de los menores conforme prescribe el artículo 3.7 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre y 749.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de la LEC”*. Y del mismo modo establece la presente que *“La ley procesal exige que el Ministerio Fiscal intervenga en el proceso. No obstante, la inasistencia del Ministerio Fiscal al acto de la vista [...] no supone infracción procesal alguna dado que la ley procesal no exige que la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso se realice mediante su presencia en este acto procesal, sino que basta que sea oído, así como que haya constancia en autos de su conocimiento cumplido de todo actuado, como aquí ha ocurrido, lo que determina el rechazo de la nulidad solicitada por la parte recurrente”*.

La segunda y la tercera sentencia citan la sentencia anterior, dando peso a la decisión de la sala señalándola como criterio jurisprudencial a seguir. Las

⁴⁹⁰ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección núm. 12) Sentencia núm. 558/2014, de 18 de septiembre de 2014.

sentencias mencionadas son por un lado la de la Audiencia Provincial de Barcelona 833/2017, de 22 de septiembre de 2017⁴⁹¹ dónde se invoca en segunda instancia la concurrencia de nulidad al no haber comparecido el Ministerio Fiscal en relación con el régimen de guarda instado en la demanda. Este tribunal resolvió que por lo que se refería a la nulidad de actuaciones no podía decretarla ya que en el suplico del recurso en ningún momento se solicitaba la nulidad de la sentencia o el proceso, pero indistintamente del recorrido que hubiere tenido si así fuere, *“el Ministerio Fiscal, pese a no estar presente en la vista, ha tenido un adecuado seguimiento al haber sido emplazado y contestar a la demanda por escrito”*. La misma resolución hace a partir de aquí cita la resolución 558/2014 alegando que la ley no exige que la presencia sea en el acto procesal, sino que basta con que haya constancia en las actuaciones del conocimiento de todo lo actuado.

Por otro lado, la sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 271/2015, de 30 de abril de 2015⁴⁹², que frente una no comparecencia del Ministerio Fiscal en el acto de la vista lo fundamenta exactamente en el mismo precepto de la ley procesal en el que no se exige que la intervención se haga únicamente con su presencia en el acto procesal, sino que basta con que sea oído y se dé constancia del conocimiento en autos.

Por lo anterior, no sólo es el Ministerio Fiscal quien posee ciertas carencias a la hora de establecer las condiciones más beneficiosas para el menor, sino que también se encuentran latentes ciertas imposibilidades e insuficiencias del propio sistema judicial en sí mismo. Estas faltas del sistema judicial acentúan las imposibilidades del Ministerio Fiscal que se hacen más visibles suponiendo una incidencia de repercusión directa a las decisiones adoptadas en relación con los mejores intereses del menor.

⁴⁹¹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección núm. 12). Sentencia núm. 833/2017, de 22 de septiembre de 2017.

⁴⁹² Audiencia Provincial de Barcelona (Sección núm. 12). Sentencia núm. 271/2015, de 30 de abril de 2015.

Una de las deficiencias que persisten es, por ejemplo que los mismos fiscales que en ciertos partidos judiciales, como sería el de Barcelona, se dedican en exclusiva al derecho de familia, mientras que en la mayoría de Fiscalías se compaginan los casos de familia con otros casos de distintas ramas, hecho que dificulta las tareas debido a la imposibilidad de poder especializarse de forma única en la atención exclusiva a los menores en ese aspecto; además, se debe de compartimentar el conocimiento con otras muchas disciplinas. Existen circulares e instrucciones que facilitan la unificación para la actuación de todos los Fiscales del territorio, es decir son unas herramientas que ayudan a cumplir con el principio del Ministerio Fiscal de unidad de actuaciones. En el caso de las instrucciones dadas en materia de derecho de familia, que estas establecen los fundamentos por ejemplo en virtud de los cuales se puede revisar en casación ciertas cuestiones dentro de esta rama, las mismas podrían hacerse de una forma más extendida y entrando más a fondo para que fueran más específicas para poder lograr una unificación de criterio más uniforme en todo el territorio nacional.

Una de las insuficiencias del Ministerio Fiscal, y que más desigualdades genera, es el hecho de que no existan jurisdicciones especializadas con órganos judiciales y operadores jurídicos en todos los partidos judiciales, solo en los más grandes. Jurisdicciones que específicamente se dediquen a llevar asuntos de familia. Si esto pudiese implementarse en todos los juzgados, a largo plazo conseguiríamos que, de forma especializada, esta jurisdicción pudiese resolver los casos más ágilmente y de forma más efectiva garantizando siempre el interés superior del menor.

Finalmente, hacer hincapié de forma sucinta sobre la comparativa que se ha hecho con el ordenamiento jurídico argentino en materia de derecho civil de familia. Se ha hecho mención a Argentina, un país que además de poseer la figura del Ministerio Fiscal, suple las carencias que aquí podemos encontrar en términos de representación del niño en el juicio y una defensa más especializada y atendiendo a las necesidades especiales que pudiera tener cada menor, con otra institución que es el abogado de los niños, niñas y adolescentes. Esta última figura podría responder a gran parte de las carencias que actualmente tiene el

Ministerio Fiscal en el ordenamiento jurídico español, que han quedado detalladas y que afectan, de forma intrínseca, a los menores inmersos en un proceso judicial.

2.- EL MENOR COMO SUJETO DE EJERCER SUS DERECHOS EN UN PROCESO JUDICIAL.

Se han experimentado importantes avances en el derecho internacional en materia de protección de los derechos del menor, el resultado de ello queda plasmado fundamentalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que el menor es reconocido como un sujeto de derechos, y que principalmente basa su articulado en el principio del interés superior del niño.

En el ordenamiento jurídico español con la LO 1/1996 encontramos un avance significativo en la exposición de motivos de la misma⁴⁹³. Así lo justifica también la Defensora del Pueblo en el estudio de la escucha y el interés superior del menor⁴⁹⁴, donde atribuye la condición de sujeto del proceso y no de mero objeto del mismo, unido a esto la especial protección que conlleva la condición de menor. Establece la defensora del pueblo en las recomendaciones, la configuración de la escucha del menor como un derecho.

Que se le considere como sujeto de derechos implica que los derechos que le han sido atribuidos no pueden vulnerarse, entre ellos destacamos que debe ser oído, su opinión debe considerarse cuando aquello que se debata le afecte, sin dejar de lado que todo ello debe atenerse a la edad y grado de madurez del menor. Sin embargo, como sujeto de derechos en un proceso judicial, queda

⁴⁹³Se refiere a los menores como “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de necesidades de los demás”.

⁴⁹⁴S. Becerril (Defensora del Pueblo), “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Portal del Defensor del Pueblo: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/>>

amparado por la ley, pudiendo exigir y obligar, que sus derechos le sean respetados. Seguidamente se desarrollará, lo que se considera que son los derechos que el menor posee en un procedimiento judicial.

Queda establecido por parte de la CDN en el artículo 5 lo que implica que el menor sea sujeto de derechos, y es que tendrá una autonomía progresiva, estableciéndose que esta será gradual atendiendo a la evolución de las facultades del mismo.

2.1.- El derecho del menor a ser oído ante un tribunal. Aspectos normativos.

Existe una serie de extensa normativa tanto nacional como supranacional respecto a la audiencia del menor. En un nivel supranacional encontramos principalmente el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000; el artículo 6 del Convenio Europeo sobre los derechos de los menores de 25 de enero de 1996 y, el Reglamento de Bruselas II ter núm. 2019/1111 de 25 de junio de 2019 en el considerando 19⁴⁹⁵.

A nivel nacional, tanto en el artículo 92.6 del Código Civil, cómo en los artículos 770.4, 777.5 y 778 quinquies 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se confiere este derecho al menor. Del mismo modo, cabe hacer especial referencia al artículo 18.4 de la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria que obliga al juez a levantar un acta de la exploración y entregarla a los letrados.

Cabe destacar, además, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que llevó a cabo una reforma legislativa, en la que se incluía reformar, entre otros, los artículos 2 y 9,

⁴⁹⁵Se situaba en el mismo considerando, pero en el Bruselas II bis núm. 2201/2003 de 2 de noviembre de 2003 antes del 1 de agosto del 2022.

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 (en adelante LOPJM).

El derecho del menor a ser oído ante un tribunal, recogido en el artículo 9 LOPJM, va implícitamente ligado al interés superior del menor, recogido en el artículo 2 LOPJM⁴⁹⁶. El interés del menor se debe salvaguardar en todos los procesos que le inmiscuyan, y el derecho a ser oído y escuchado sin discriminación en un tribunal, forma parte de la preservación de dicho interés superior.

El artículo 9 de la LOPJM habla del derecho del menor a ser oído y escuchado, y la reforma que se llevó a cabo ayudó a conseguir un desarrollo más detallado del precepto⁴⁹⁷.

En este sentido, resulta imprescindible destacar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del 11 de octubre de 2016, del asunto Iglesias c. España⁴⁹⁸, dónde se condenó al estado español por no asegurar y permitir un buen cumplimiento del derecho al menor a ser oído. Amparándose la demandante en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dónde se establece el derecho de toda persona a ser oída equitativa y públicamente.

Siguiendo la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2020⁴⁹⁹, que reitera la posición que actualmente mantienen los tribunales en

⁴⁹⁶M. Posada Fernández, “El derecho a la audiencia del menor en los procedimientos que le afecten”, en *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, ed. Solé Resina J. (Madrid: Dykinson, 2016), 197-215.

⁴⁹⁷Queirolo I., Patti S., Esplugues Mota C., Musseva B. y Rone D. (2021) Children’s right to information in EU civil actions. Improving children’s right to information in cross-border civil cases. Pisa, Pacini Editore SRL.

⁴⁹⁸STEDH Iglesias c. España de 11 de octubre de 2016 “...en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el Juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada.”

⁴⁹⁹Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia número 4032/2020, de 30 de noviembre de 2020.

lo que respecta a la necesidad de escuchar los menores en aquellos procedimientos que directamente los afecten requiriendo todavía de un mayor desarrollo interpretativo⁵⁰⁰.

En el ámbito del derecho de familia se da la casuística de que, con especial frecuencia, se da trámite a asuntos dónde existen menores directamente implicados en los procesos, que reúnen los requisitos establecidos para ser oídos y escuchados, y todas las pruebas que realice cualquier equipo judicial inmerso en el proceso deberá respetar el derecho del menor objeto de este epígrafe. El juez y el Ministerio Fiscal tendrán en cuenta aspectos como la edad, la capacidad de juicio, la información que se le haya dado por parte de los progenitores, la determinación del grado de madurez, la exposición a eventuales presiones... cuando un menor ejercite dicho derecho, ya que, dependiendo sobre todo de la edad y la madurez del mismo, será un equipo psicosocial técnico del juzgado quién le oirá y escuchará definiendo y plasmando su voluntad en un informe⁵⁰¹.

2.1.1.- La práctica procesal de la prueba.

En este supuesto, debemos partir de la diferenciación del dictamen o informe que pueden realizar los equipos psicosociales, los especialistas en los procesos de familia, de la audiencia del menor frente al juez. Se trata de dos procesos distintos y con una naturaleza diferente cada uno.

2.1.1.1.- Dictamen de los especialistas.

En el primer caso, el dictamen de los especialistas en los procesos de familia queda recogido y previsto en el artículo 92.2 del Código Civil Español y establece que un equipo técnico judicial, integrado tanto por psicólogos como por

⁵⁰⁰Núñez Rivero C. y Alonso Carvajal A., "La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional", *Revista de Derecho UNED* núm. 9 (2011), 275.

⁵⁰¹Iglesia Monje, M. "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 759 (2017), 345-369.

trabajadores sociales hagan de asesores “a los jueces para su toma de decisiones relativas a la reorganización familiar post-ruptura más conveniente para los hijos”⁵⁰². Ciertamente no puede dársele la misma consideración que una pericia clásica, porque tal y como establece Ortuño Muñoz en el fundamento de derecho de la sentencia de la Audiencia Provincial núm. 685/2012, se trata de “un medio a disposición de los tribunales para conocer circunstancias o hechos relevantes para la decisión sobre la custodia, en interés del menor, conocer cuál es la opinión de los hijos en los temas que les afectan, o para poder analizar adecuadamente el material probatorio en relación con las cuestiones de parentalidad, ... no es una prueba pericial típica, sino que su práctica depende exclusivamente de que el tribunal considere oportuno y necesario ordenar tal intervención cuando los intereses del menor lo aconsejen”⁵⁰³.

Aunque, como se ha dicho, puede no ser considerado como una prueba pericial típica, este instrumento auxiliar del juzgador para el enjuiciamiento del asunto, con vocación de solucionar conflictos, se puede aportar en cualquier momento procesal, no existiendo un momento preclusivo para la proposición de este. Puede ser tanto propuesto por las partes como acordado de oficio. Al tratarse de un dictamen de especialistas estará sujeto a un juicio de pertinencia y utilidad igual que una prueba pericial, es decir, se buscará la relación con los hechos controvertidos. De forma distinta, el dictamen de especialistas se realizará sin la intervención de las partes o los letrados, salvo las entrevistas que se tengan con las partes⁵⁰⁴.

El dictamen que realiza el equipo psicosocial, compuesto por los peritos del Equipo Técnico Judicial, queda sujeto al principio de contradicción. El principio

⁵⁰²Román Llamosí S., “Reflexiones sobre la función de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia”, *Revista de derecho vLex* núm. 135 (2015), 4-15.

⁵⁰⁴Abel Lluch X. El dictamen de especialista en los procesos de familia (2018) En: *Problemática actual de los procesos de familia, especial atención a la prueba*. Ed por: Picó i Junoy J., Abel Lluch X., y Miranda Vázquez C., Barcelona J.M. Bosch Editor, 251-284.

jurídico fundamental de contradicción⁵⁰⁵ implica la necesidad de una visión imparcial entre una dualidad de posiciones encontrándose respaldado constitucionalmente por el derecho de defensa de cualquier ciudadano. Por lo tanto, al quedar el referido dictamen sujeto al principio de contradicción, el mismo queda supeditado al elenco de garantías que posee una prueba pericial clásica⁵⁰⁶. Pudiéndose así, citar a los especialistas el día de la vista para que lleven a cabo una exposición más detallada que la realizada previamente en su dictamen, tal y como se recoge en los artículos 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No existe una norma específica que valore el dictamen de especialistas, por lo tanto y por analogía, se aplicará el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la valoración del dictamen pericial que, juntamente con la jurisprudencia reiterada al respecto, lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Así queda plasmado en la sentencia del Tribunal Supremo 47/2015, de 13 de febrero de 2015, en su fundamento de derecho segundo⁵⁰⁷ dónde hace referencia a que la valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales, es decir del dictamen hecho por especialistas, se debe asimilar a un informe hecho por un perito, aunque la naturaleza no sea exactamente la misma. Por lo tanto, tal y como la misma STS de 10 de diciembre de 2012 expone y cita, solo cuando no se respete la valoración del informe de los servicios psicosociales en base a “las reglas de la sana crítica”, tal y como recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 348, se podrá impugnar dicho informe o dictamen.

En todo caso, para aceptar y considerar el contenido de los dictámenes o informes, se atenderá el interés que siempre prevalece y que es el interés superior del menor. Por lo tanto, y cómo recoge la sentencia ya mencionada de 13 de febrero de 2015, “*son las reglas de la sana crítica aplicadas a dicho*

⁵⁰⁵Universidad Internacional de la Rioja, “¿En qué consiste el principio de contradicción en derecho?”. Disponible en: <El principio de contradicción en Derecho, ¿en qué consiste? (unir.net)>

⁵⁰⁶Abel Lluch X., “El dictamen de especialistas” en *La prueba en los procesos de familia*, ed. Abel Lluch X. (Madrid: Wolters Kluwer España, 2019), 295-356.

⁵⁰⁷Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 47/2015, de 13 de febrero de 2015.

informe, en el conjunto de las pruebas aportadas, lo que será determinante para resolver controversia familiar”.

Respecto a que las conclusiones del dictamen o informe psicosocial deben analizarse y cuestionarse jurídicamente con las reglas de la sana crítica, es de jurisprudencia reiterada en el Tribunal Supremo esta posición.

Los especialistas en los procesos de familia escucharan y valoraran la exploración que pueda realizar un equipo psicosocial, priorizando lo que allí figure, pero no siendo vinculante⁵⁰⁸. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, de fecha 9 de septiembre de 2015⁵⁰⁹ dónde, en el fundamento de derecho segundo, deja claro que no es vinculante el informe psicosocial para los jueces, ya que *“las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, tal cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales”*, sin embargo, en la realidad muchos jueces terminan acordando las conclusiones en función de lo que acordó el equipo psicosocial.

2.1.1.2.- Audiencia del menor.

El segundo asunto en el que ahonda el presente estudio es el relativo a la audiencia del menor. Este, tal como establece el artículo 156 del Código Civil Español queda recogido que en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad el juez después de oír a los progenitores *“escuchara al hijo si tuviere suficiente madurez, y en todo caso, si fuera mayor de doce años”*.

Dicho derecho de los menores queda plasmado también en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia

⁵⁰⁸ Bastida Abogados Bastida. s.d. *Abogado experto en Derecho de Familia y Menores - Equipos Psicosociales*. [en línea] Disponible en: <<https://www.bastidabogados.com/2019/10/17/suple-a-la-exploracion-judicial-el-informe-de-los-equipos-psicosociales-adscritos-a-los-juzgados-como-se-debe-llevar-a-cabo-la-exploracion-judicial-de-los-menores/>> [Accedido el 16 de marzo de 2022].

⁵⁰⁹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 465/2015, de 9 de septiembre de 2015. Ref. VLEX-582822970.

en su artículo 7, pero aquí establece el derecho a ser escuchado como una obligatoriedad, con carácter preceptivo por parte tanto del ámbito familiar, escolar, social como en los procedimientos judiciales y administrativos en los que se encuentre directamente implicado.

Una vez fijada la normativa donde queda recogido este derecho del menor a ser escuchado, se ha discutido la naturaleza del mismo. Se ha generado debate a la hora de establecer la naturaleza de la audiencia del menor. Se ha dirimido acerca de si dicha audiencia es un medio de prueba o de si se trata de un derecho que se le atribuye al menor.

El Tribunal Supremo en relación a esta discusión, en su sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero de 2018, en su fundamento de derecho cuarto⁵¹⁰, afirma expresamente que *“la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo 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.”* Por lo tanto, no se debe tratar en estos procedimientos, al menor cómo un sujeto que es objeto de percepción judicial. Aquí el menor no es a quién reconocemos, sino que es un sujeto que ejerce su derecho de audiencia. El artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su enumeración de medios de prueba enuncia la exploración judicial como una.

La audiencia del menor no requiere, como sí lo hace un reconocimiento judicial, de una fase de proposición contradictoria puesto que se practica en audiencia reservada. Se realiza a modo de conversación entre el juez y el Ministerio Fiscal sin que nadie pueda aportar preguntas, ninguna de las partes, ni tampoco los abogados hacen observaciones al respecto, debido a que no se les permite estar presentes.

⁵¹⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero de 2018.

No existe contradicción en dicho proceso ni publicidad, por lo tanto, no se puede considerar como un medio de prueba la exploración judicial por la propia metodología que sigue. Se deben adoptar todas estas garantías que no existen en la prueba, pero en una audiencia a un menor sí, debido a que se trata de un menor de edad⁵¹¹.

Así lo establece también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 83/2015, de 17 de febrero de 2015, en el fundamento de derecho segundo, que *“la exploración del menor no es propiamente una prueba, sino que se configura legalmente ... como el derecho del menor a ser escuchado antes de que por la autoridad competente se tome una decisión que le pueda afectar”*. Esta sentencia sigue plasmando las características de este derecho del menor, y establece que, esencialmente, el derecho de ser informado adecuadamente y de ser escuchado, aunque sea importante, *“no puede ser determinante para la decisión que se adopte, puesto que esta estará motivada en base a todo un conjunto de circunstancias de gran complejidad”*⁵¹².

Queda acreditado, de manera fehaciente, que estamos ante un derecho propiamente del menor a ser informado y el derecho a ser escuchado y oído en este caso por el tribunal, cuando se esté resolviendo cualquier tema que al mismo le inmiscuya.

De lo anteriormente mencionado surge otro debate en relación a si este derecho respecto a la audiencia del menor tiene, o no, carácter obligatorio.

Existen distintos puntos de vista debido a que una parte del sector doctrinal⁵¹³ defiende el carácter preceptivo de dicha exploración, cuando se den los presupuestos que la ley establece; o bien la mayoría de 12 años o que el menor tenga madurez suficiente. Se defiende que la práctica de la exploración, al tener

⁵¹¹ Abel Lluch X., “El dictamen de especialistas” en *La prueba en los procesos de familia*, ed. Abel Lluch X. (Madrid: Wolters Kluwer España, 2019).

⁵¹² Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª). Sentencia núm. 83/2015, de 17 de febrero de 2015.

⁵¹³ Audiencia Provincial de Málaga (sección 6ª). Sentencia núm. 494/2016, de 6 de julio de 2016.

incidencia directa con la tutela judicial efectiva, aunque no sea parte procesal, la resolución que vaya a adoptarse afectará directamente al menor y, por lo tanto, se debería dar siempre el derecho de escucha, a través de la audiencia, en estos casos.

La otra parte de la doctrina⁵¹⁴ es más conservadora a la hora de valorar la realización de la exploración del menor. Dependiendo del asunto y situación familiar, esto puede suponer una revictimización del menor. Por lo tanto, se sostiene que, como primera posición, mantiene un carácter perceptivo exceptuando los supuestos en que existan circunstancias que podamos prever que eventualmente perjudicaran al menor⁵¹⁵.

Finalmente, el tercer sector doctrinal⁵¹⁶ busca llevar a cabo la exploración del menor cuando la misma resulte *sine qua non* para poder dictaminar sobre la situación del mismo y cuando el juez aprecie ciertas dudas respecto a la decisión que acoger⁵¹⁷.

En suma, lo que busca el derecho a ser oído, el derecho de audiencia es investigar el interés del menor para encontrar la mejor decisión y adoptar la protección necesaria y, por encima de todo, salvaguardar el interés superior del menor.

⁵¹⁴Audiencia Provincial de Navarra (sección 3ª). Sentencia núm. 392/2020, de 5 de junio de 2020.

⁵¹⁵Femenía López P.J. “El principio de <<interés superior del menor>>”, en *La determinación de la filiación <<en interés del menor>>* (Madrid: Dykinson, 2019), 33-62.

⁵¹⁶Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª) Sentencia núm. 428/2014, de 10 de julio de 2014.

⁵¹⁷Abel Lluch X. “La audiencia del menor de edad en los procesos de familia” en *Problemática actual de los procesos de familia, especial atención a la prueba*. ed. Picó i Junoy J., Abel Lluch X., y Miranda Vázquez C. (Barcelona: J.M. Bosch, 2019), 303-344.

2.1.2.- El conflicto entre el derecho de defensa y el derecho a la intimidad del menor.

El conflicto entre los derechos de defensa e intimidad del menor nacen de poder configurar la audiencia el menor cómo el deber de este a ser escuchado. Paralelamente en esta encrucijada, aparece también la tutela judicial efectiva, que puede vulnerarse si no se ponderan bien los estos bienes jurídicos protegidos. Entonces, no es absoluto, tiene sus límites y la mayoría de veces se encuentra en contraposición con otros que irremediamente lo que hacen es marcarle el límite. Cuando esto ocurre, se debe medir y esclarecer cuál será el preponderante en cada situación, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso. Cada uno debe encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Seguidamente se enunciarán de forma sucinta aquellos que, en este caso, entran en juego.

2.1.2.1.- Derecho a la intimidad personal.

Primeramente, en cuanto al derecho a la intimidad personal, se encuentra previsto en la Constitución Española en el artículo 18.1⁵¹⁸. Puede interpretarse dicho derecho en base a la jurisprudencia que fijó el Tribunal Constitucional en la sentencia 134/1999, de 15 de julio de 1999, dónde concibe el derecho a la intimidad personal como el que “*garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos particulares o poderes públicos) su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida*”⁵¹⁹.

Además, en el artículo 16 de la Convención de Derechos del niño, de 20 de diciembre de 1989, proscribire las intromisiones de la intimidad del menor al declarar que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales de su vida privada, de su familia, de su domicilio o su correspondencia, ni de ataques

⁵¹⁸ España. Constitución Española de 29 de diciembre de 1978, *op. cit.*

⁵¹⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 134/1999, de 15 de julio de 1999.

ilegales a su honra o reputación⁵²⁰. El Comité de las Naciones Unidas de derechos del niño, respecto al acta de exploración del menor, intenta proteger la intimidad del mismo, no publicando ninguna información que pueda revelar la condición de víctima o testigo de un menor sin autorización expresa del tribunal, pero no recoge en ningún momento que no se comparta la información recogida en el acta de exploración con las partes.

2.1.2.2 Derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al derecho de la tutela judicial efectiva, queda regulado en el artículo 24 de la Constitución Española, donde establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. Asimismo, tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos y a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios pertinentes para su defensa, entre otros derechos que conforman la tutela judicial efectiva.

El derecho del menor a ser escuchado, es decir, a celebrar la comparecencia delante del juez, queda consagrado, como se ha mencionado, tanto en el Código Civil como en la ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Existe una importante modificación a la hora de realizar una correcta exploración del menor, que tuvo lugar en el año 2015 mediante la ley 8/2015 de 22 de julio. Se reformó la LOPJM donde en el precepto nueve del derecho al menor se introdujo el derecho del mismo a ser escuchado, no solo oído como así lo establecía antes de esta reforma⁵²¹. A partir de esta modificación no bastará con

⁵²⁰España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 31 de diciembre de 199, 38897-38904.

⁵²¹Núñez Zorrilla M.^a. C. “La nueva configuración del interés superior del menor en las reformas llevadas a cabo por la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con especial referencia a las reformas operadas en este ámbito en el ordenamiento catalán”, en *Derechos*

lo que se podía hacer previamente y que consistía en oír al menor para cumplir con el expediente⁵²². Actualmente, y en base a esta reforma, la opinión del menor debe tenerse en cuenta, escuchar implica prestar una atención, escuchar activamente a lo que el menor esté manifestando, esta es una modificación que refuerza las garantías de la exploración al menor⁵²³. De este modo, el legislador ha reforzado la exigencia en relación con todas las personas que reciben información del menor, acrecentando la necesidad de tener en cuenta las opiniones del mismo en relación con su edad y madurez⁵²⁴.

El contenido de la audiencia del menor se debe limitar a las cuestiones relevantes que guarden relación con poder realizar la tutela judicial del mismo, debiendo expresar su opinión sobre todos esos temas que le afecten y que son objeto de controversia en sede judicial, siendo este el tipo de interrogatorio que el juez realizará⁵²⁵, encaminado a obtener esas respuestas. Posteriormente a la modificación que se realizó al precepto nueve establecido en la LOPJM, entró en vigor la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria⁵²⁶. Esta ley que entra tan solo 20 días después de la modificación que se acaba de mencionar, añade una serie de requisitos a la hora de llevar a cabo la audiencia del menor y que puede entrar directamente en conflicto con el derecho a la intimidad.

fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia), ed. Solé Resina J. (Madrid: Dykinson, 2018), 83-101.

⁵²²Ruiz Rico Ruiz-Morón, J. "Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil* núm. 3 (2016), 4-7.

⁵²³Ayllón Santiago H. "Principios aplicables a los menores derivados de ley orgánica de protección jurídica de menores 8/2015 de 22 de julio", en *La reforma del derecho de la persona y la familia. Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, ed. O'Callaghan Muñoz X. y Fernández González B. (Madrid: Editorial Ramón Areces, 2017), 57-89.

⁵²⁴Caso Señal M. "El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la ley orgánica 8/2015 y de la ley 15/2015 de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria" en *El futuro del dret de família*, ed. Quintano Ruiz R. (Barcelona: Societat Catalana d'Advocats de Família, 2016), 173-184.

⁵²⁵Ana Isabel Berrocal Lanzarot, "La audiencia del menor en los procesos judiciales". *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* núm. 7 (2015), 198.

⁵²⁶España. Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2015, núm. 158 54068-54201.

Es en la Ley de Jurisdicción Voluntaria dónde se encuentra desarrollada, de una forma más extensa, la implicación del derecho del menor a ser escuchado y la tramitación de cómo se llevará a cabo el mismo. El artículo 18 de la ley ahonda en la celebración de la audiencia del menor, que tendrá lugar delante del Juez, y se supedita la celebración de la misma a lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil con las especialidades del mismo artículo al que aquí se hace referencia.

Se destaca dicho artículo por ser una de las especialidades mencionadas, que se encuentra en el epígrafe segundo apartado cuarto dónde señala que la audiencia deberá llevarse a cabo sin interferencia de ninguna de las partes, pero sí contando con la asistencia del Ministerio Fiscal que es habitual, aunque no obligada, siendo el garante de los derechos de los menores en este caso. Una vez finalizada la comparecencia, se debe levantar acta por el Letrado de la Administración de Justicia, siendo que en la misma figuraran las manifestaciones relevantes que haya hecho el menor, intentando preservar su intimidad. De todos modos, del acta que se levanta se debe dar traslado a las partes y a las personas interesadas, para que pudieran si quisieren hacer alegaciones, dentro del plazo de cinco días que establece la ley.

Existe el deseo por parte del legislador a la hora de establecer en la misma ley que, en base a aquello que figura en el acta, se deberá cuidar de preservar la intimidad del menor, pero posteriormente se deberá dar traslado a las partes interesadas, hecho francamente poco compatible con preservar la intimidad. Formalmente no llega a entenderse el hecho de que una Ley Orgánica cómo es la 1/1996, que tiene un abaste mucho más amplio y sin embargo no requiere que se levante acta ni se de traslado a las partes, en cambio esto sí que queda recogido la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Con estas dos leyes se formó una discrepancia normativa importante, y cómo suele suceder en estos casos, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad⁵²⁷ con el fin de poder esclarecer

⁵²⁷Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 64/2019, de 9 de mayo de 2019. Cuestión de Inconstitucionalidad 3442-2018. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona respecto del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Derecho a la intimidad: constitucionalidad del precepto legal que

esta contradicción. La cuestión fue planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona respecto al artículo 18.2.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuestionándose la constitucionalidad del precepto que regula la forma sobre cómo debe documentarse la exploración de menores, también la de las personas con la capacidad modificada judicialmente, ya que entraba en colisión con el derecho a la intimidad.

Si se hace un contraste de las dos normas mencionadas, la reforma de la ley orgánica y la ley de jurisdicción voluntaria se observa claramente la priorización por parte de la ley orgánica de la esencia del derecho, que lo que hace es velar por el interés superior del menor. Además, según establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 74 y 175, el Letrado de la Administración de justicia (en adelante LAJ), deberá hacer constar en el acta, las consideraciones más relevantes del procedimiento.

A modo de ejemplo, cabe destacar la sentencia que resolvió el Tribunal Constitucional, *sin ser plenamente consciente de cómo se llevan a cabo las exploraciones judiciales. Sigue el posicionamiento adoptado por la abogacía del estado y entiende que la forma de preservar la intimidad del menor es garantizando la manera en que se lleva a cabo la exploración y por tanto se afianza la intimidad a través del sistema que garantiza la misma ley, haciéndose la exploración a puerta cerrada entre el Juez, el Fiscal y el LAJ.*

La sentencia del TC no encuentra problema alguno en hacer entrega del acta de la exploración, ya que dicha acta se ceñirá estrictamente en reflejar los aspectos sustanciales respecto a la decisión que se debe tomar, aquello sobre lo que versa y es objeto del procedimiento, no abarcará nada que pueda afectar a su intimidad. Las preguntas serán las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidas. De modo que no todo será relevante, sino que esencialmente se recogerá y formará parte del acta de exploración aquello

regula la forma como debe documentarse la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 138, de 10 de junio de 2019, 60836-60848.

expresado en relación con el objeto del procedimiento y lo relevante será lo que sea expresado con un punto de madurez por el menor.

Fundamentalmente se han encontrado dos problemas con la resolución de inconstitucionalidad que se presentó en el TC; ¿Cómo se hace una exploración que solo afecte a lo esencial? y ¿Cómo el LAJ recoge en un acta lo que es esencial?

Principalmente la meritada STC 64/2019 de 9 de mayo desestima la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando que el juez garantiza el derecho a la intimidad del menor velando porque la exploración se circunscriba en la averiguación de aquellos aspectos que forman parte de los hechos controvertidos objeto del procedimiento⁵²⁸. Así pues, no resulta vulnerado el derecho a la intimidad del menor debido a que el acceso de las partes a los documentos del proceso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y se debe dar traslado del acta a las mismas para no caer en posible indefensión.

En los dos casos, ambos derechos, a la intimidad y a la audiencia de los menores de edad, se apoyan en una finalidad constitucionalmente legítima. El derecho a la audiencia del menor puede desarrollarse en las condiciones que resulten más adecuadas, preservando el interés del menor, que puede suponer una limitación al principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Es decir, la entrega del acta detallada a las partes afecta a los intereses del menor, debido a que hay una colisión entre la tutela judicial efectiva del acusado y el derecho a la intimidad de las víctimas menores de edad. Todo ello es lo que se llega a plantear en la mencionada sentencia, en la que finalmente se desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, aunque después de haber visto toda la disertación del caso podría haberse entendido, el hecho de dar copias de las actas de exploración a las partes, como una vulneración del derecho a la intimidad personal del menor, la

⁵²⁸Méndez Tomás, R. Casas Vallés R. Martínez Castro C. (2020) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias, año 2019. Anuario de Derecho Civil (revista) núm. LXXIII-IV, 1749-1805.

verdad es que en este caso el Tribunal Constitucional entendió, y así resolvió, que el derecho a la tutela judicial efectiva se vería gravemente perjudicado si no se realizara este trámite. Después de haber realizado la ponderación de derechos, no se entiende vulnerado el derecho a la intimidad del menor, aunque como se ha visto, siguen existiendo dudas a la hora de realizar el acta de exploración dónde debe figurar tan solo lo que se considera esencial.

Este punto sigue siendo controvertido, aunque como se ha expuesto, el hecho de entregar las copias de las actas de exploración a las partes se ha considerado por parte del TC como un trámite que, de no llevarse a cabo, se vulnera de forma grave la tutela judicial efectiva. El asunto clave en este debate radica en la contraposición de derechos, cuál debe ceder en aras a que el contenido esencial del otro no se vea totalmente vulnerado vaciándolo así de contenido.

Debe entenderse de forma clara qué implicación tienen los derechos. La tutela judicial efectiva es el derecho que tiene todo ciudadano de poder acceder a la jurisdicción, sin traba alguna, es decir, que se le dé respuesta al procedimiento dentro de un plazo razonable, que se no se vulnere el derecho de defensa, por lo tanto, prohibir la indefensión, que se resuelva sobre el fondo, tenga acceso a los recursos y la intangibilidad de las resoluciones firmes⁵²⁹.

Habiendo concretado el contenido esencial de cada derecho se puede entender de forma visual la resolución del tribunal. Vemos que si no se lleva a cabo el traslado de copias del acta de exploración, aunque ello vulnere ese derecho de protección de un individuo en relación a la difusión de información personal sin su consentimiento, sería más grave el perjuicio que causaría a nivel de tutela judicial efectiva no poseer esa información, ya que se produciría una indefensión grave que vaciaría de contenido este derecho, y por lo tanto la ponderación en este caso debe hacerse en favor de la tutela judicial efectiva.

⁵²⁹Toro Peña, J. A. “Tutela Judicial Efectiva”, en *Horizontes de cambio en el derecho. Principios del derecho IV.*, ed. Fuertes-Planas Aleix C. y Sánchez de la Torre A. (Madrid: Dykinson, 2017), 311-340.

2.1.3.- La relevancia de la prueba en la audiencia: El dictamen de especialistas.

A continuación, se entrará a profundizar en la relevancia de la prueba del dictamen de los especialistas, prueba recurrente en materia de derecho de familia y la importancia que la misma tiene u obtiene en la audiencia.

La referencia al dictamen de especialistas se introdujo por primera vez en el Código Civil en su artículo 92.9⁵³⁰. Se ha hecho una mención previa a la naturaleza jurídica que ostenta el dictamen de los especialistas en los procesos de familia. La naturaleza de dicho dictamen se termina entendiendo que es similar al de una prueba pericial, que, aunque no sea exactamente igual a una prueba clásica, queda conformada por principios similares.

El dictamen es el medio por el que el perito introduce su fuente de conocimiento en el proceso. Al encontrarnos dentro de los procesos de familia, dado el interés superior del menor y el dinamismo con el que se caracterizan dichos procedimientos, no hay un momento que podamos definir como preclusivo para proponer el dictamen de especialistas⁵³¹. Si que es cierto que los momentos más comunes es mediante la solicitud a instancia de parte en el momento en que se realizan las alegaciones iniciales, es decir o bien en la demanda o en la contestación de la misma. Cuando se postulan estos escritos iniciales, se hace con carácter de prueba anticipada, es decir, se practica la prueba anticipadamente con todas las garantías, previamente a llegar al momento de la vista. Esto permite que se asegure la prueba, que la efectividad de esa medida no pueda verse perjudicada, este tipo de prueba nos permite constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión⁵³².

⁵³⁰ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 92.9.

⁵³¹ Abel Lluch X., “El dictamen de especialistas” en *La prueba en los procesos de familia*, ed. Abel Lluch X. (Madrid: Wolters Kluwer España, 2019).

⁵³² F. Adan Domènech, *op. cit.*

Independientemente de que se solicite con carácter de prueba anticipada, se recabará toda la información y, con posterioridad, podrá someterse el día de la vista a contradicción. Metodológicamente para la futura obtención del dictamen se realizan una serie de entrevistas con los progenitores, tanto por separado como conjuntamente junto con alguna prueba de personalidad y se observa de forma directa el menor, entre otras prácticas. Los equipos psicosociales también intentan esclarecer cuál de los dos progenitores es el que tiene el vínculo con el menor de “cuidador primario”. Los menores desde bien temprana edad establecen vínculos afectivos con los progenitores y en la vasta mayoría de ocasiones se suele identificar a alguno de los progenitores como el de “referencia” para atender y satisfacer todo aquello que incluya las necesidades básicas⁵³³.

En el informe se valora tanto a los progenitores, los menores, como el resto de figuras significativas que ayudan a estimar la situación haciendo eco de lo que sería toda la red que conforma el círculo principal del menor⁵³⁴.

Los dictámenes de los especialistas se realizan por los servicios anejos a la administración de justicia, los profesionales que integran el equipo psicosocial están adscritos al juzgado, revisten de especial importancia habida cuenta de que el perito judicial, al tratarse de un empleado de la administración pública, ostenta unas condiciones mayores de imparcialidad y objetividad. Y todo ello teniendo en cuenta que, en ningún momento, intervienen en la decisión sobre quién formará parte de los profesionales que realizarán el dictamen, ni las partes ni el juez.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 715/2014, de 28 de julio de 2014, en su fundamento de derecho tercero, establece que, evidentemente se debe de tener en cuenta dicha prueba pericial psicosocial. Al estar la misma realizada por profesionales que forman parte de los equipos adscritos a los

⁵³³Abel Lluch X. “Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial” en *Peritaje y prueba pericial*, ed. Picó i Junoy J. (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2017), 211-248.

⁵³⁴Calderón Muñoz J., Uralde Gorgojo M. D. “El Alcance del informe psicosocial en los procedimientos de separación, divorcio y ruptura de parejas de hecho” en *Análisis y valoración de la prueba pericial Social, Educativa, Psicológica y Médica. El perito Judicial*. ed. Concepción Nieto Morales (Madrid: Dykinson, 2016), 23-29.

Juzgados de Familia, conformando una prueba imparcial y objetiva, de la cual el juez podrá valorar y aplicar las medidas más eficaces para el menor y las más beneficiosas. La prueba pericial es importante para la decisión que *a posteriori* tomará el juez en relación con el menor, pero no será la única ni la concluyente para dictaminar la custodia del mismo⁵³⁵.

En estos informes periciales suelen intervenir ambos progenitores y los menores, debiendo, del mismo modo, intervenir todo el núcleo familiar para poder llevar a cabo una valoración adecuada de cuál sería la decisión más favorable para el menor. Si se diese el caso de que alguno de los progenitores no quisiese colaborar, el dictamen pericial queda calificado como incompleto. Es decir, no por esto el informe queda anulado, ya que se podrán extraer igualmente valoraciones del mismo, pero sí que cuando el dictamen queda conformado por la intervención de todos los miembros solicitados, entonces el mismo posee un rango más alto de imparcialidad.

Lo que no se valora son las relaciones entre los cónyuges por sí solas, y así lo fija el Tribunal Supremo⁵³⁶, ya que no son ni relevantes ni irrelevantes para determinar por ejemplo la guarda y custodia compartida, siendo que todas ellas se convierten en relevantes cuando afecten al interés del menor.

El peso del informe psicosocial, o entendido también como dictamen de especialistas, en el juez resulta de especial consideración⁵³⁷. Sin embargo, tal y como recoge el mismo Tribunal Constitucional, la decisión del órgano judicial no queda ni vinculada ni supeditada al informe psicosocial ni al del Ministerio Fiscal⁵³⁸; sin embargo, y así lo indica la Asociación Española de Abogados de Familia, tras una encuesta a profesionales del sector, existe por parte del órgano

⁵³⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22). Sentencia núm. 715/2014, de 28 de julio de 2014.

⁵³⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 579/2011 de 20 de julio de 2011.

⁵³⁷ Asociación Española de Abogados de Familia (2020) Los Equipos Psicosociales de los juzgados son deficientes y acumulan graves retrasos [en línea] disponible en <Aeafa | Estudios>

⁵³⁸ Zafra Espinosa de los Monteros R., *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida aspectos jurídico-procesales* (Madrid: Dykinson, 2018), 153-205.

judicial un gran amparo a aquello que otorgan los informes psicosociales como mejor y más beneficioso. La complejidad técnica creciente que envuelve los conflictos en el ámbito de familia termina otorgándole gran importancia a los informes que emiten los equipos psicosociales.

Los equipos psicosociales poseen distintas formas de intervención dentro de los procesos de familia. La que constituye su tarea primordial es la redacción de informes, los cuales con carácter general se confeccionarán con anterioridad previa al juicio oral, pudiendo también realizarse o acordarse durante el transcurso del mismo o con posterioridad. Dada la naturaleza probatoria que se le otorga al informe del equipo psicosocial, se podrá llamar a la persona encargada del informe para pedir aclaraciones sobre puntos que puedan conducir o sean ya objeto de controversia. Primeramente, de forma habitual se empieza solicitando la ratificación genérica y, seguidamente, se pasa a instar las aclaraciones.

Respecto al método de trabajo de los equipos psicosociales, no existe una regulación específica sobre cómo se debe proceder⁵³⁹. Frente a dicha falta de regulación existe una ausencia de criterio a seguir.

Aunque es cierta y manifiesta la nula regulación, es claro que los informes periciales deben confeccionarse libres de influjo de cualquier tipo, así como deben emplearse instrumentos fiables y contrastados como criterios de valoración. Existe una lista de criterios para valorar las medidas que se aplicarán respecto a los hijos, lo que no existe en ninguna parte es la forma de valorarlos⁵⁴⁰.

Uno de los problemas de la práctica de esta prueba es que existe la deficiencia de acumulación por importantes retrasos en el sistema judicial en relación con

⁵³⁹Valpuesta Contreras D. “La prueba pericial en el procedimiento civil del derecho de familia y de protección de menores”, en *Análisis y valoración de la prueba pericial Social, Educativa, Psicológica y Médica. El perito Judicial*, ed. Concepción Nieto Morales. (Madrid: Dykinson, 2016), 23-29.

⁵⁴⁰Calderón Muñoz J., Uralde Gorgojo M. D., *op. cit.*

los equipos psicosociales de los juzgados. El “observatorio del Derecho de Familia” de la Asociación Española de Abogados de Familia (en adelante AEAFA), pone énfasis en las carencias de este sistema de peritaje que es fundamental para resolver muchos de los casos de régimen de custodia y visitas de los menores cuando existe desacuerdo entre los progenitores.

Según esta valoración realizada por la AEAFA el tiempo de emisión de dictámenes por parte de los equipos psicosociales puede llevar más de un año. Estos son los encargados de aportar su conocimiento técnico al juez de cada caso sobre el sistema de responsabilidad parental, es decir, el régimen de visitas y la guarda y custodia con los padres.

El problema principal resultante del gran retraso existente son las múltiples consecuencias que se sustentan en la práctica llevando a una situación grave de inestabilidad y conflicto a las familias sujetas a estos procedimientos.

Este estudio fundamenta el grave retraso que se está sufriendo en este ámbito en tres aspectos deficitarios de la práctica de dichos dictámenes. Precisamente estas tres carencias son las que señala el Defensor del Pueblo de España⁵⁴¹: la falta de especialización de los profesionales, la ausencia de protocolos técnicos unificados y la escasez de medios⁵⁴². Juntamente con estas tres carencias, se agrega el hecho de que esta demora provoca que durante la espera de que se vaya a realizar el dictamen, o bien el conflicto se ha agudizado, o bien las conclusiones extraídas del mismo han perdido validez o las circunstancias ya han cambiado.

⁵⁴¹ “El Defensor del Pueblo es el Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas españolas.... en su calidad de institución española para la promoción y protección de los derechos humanos, desarrolla relaciones de colaboración y asistencia técnica con las instituciones nacionales homólogas de otros Estados y facilita de forma independiente el seguimiento que periódicamente realizan las organizaciones internacionales sobre la situación en España de los derechos humanos”. El Defensor del pueblo, 2022. *Qué es el defensor* [en línea] Disponible en: <¿Qué es el Defensor? | Defensor del Pueblo>

⁵⁴² Asociación Española de Abogados de Familia (2020) Los Equipos Psicosociales de los juzgados son deficientes y acumulan graves retrasos. Disponible: <Aeafa | Estudios>

Sin embargo, dejando de lado la existencia de ciertos inconvenientes y obstáculos que pueden encontrarse a la hora de llevar a cabo el informe por parte de los equipos psicosociales, es cierto que los mismos tienen un gran peso a la hora de la vista del juicio, independientemente que se lleve a cabo la ratificación el día de la vista por parte de algún perito que forme el equipo. La ayuda de estos especialistas resulta un tema escarpado como lo es una problemática familiar, dónde afectan intereses muy personales, decisiones complejas que se toman con una mayor seguridad si se cuenta con la visión de especialistas.

La complejidad de los intereses en juego en asuntos tan delicados en los que resulta fundamental contar con la visión de profesionales con conocimientos especializados⁵⁴³, y que, hayan tenido un contacto más cercano con el núcleo familiar, para poder trasladar dicha información al juez⁵⁴⁴. Se trata por lo tanto de un apoyo importante a la hora de decidir.

2.2.- El derecho del menor a participar y ser informado en un proceso judicial.

Se ha venido observando que las crisis entre los progenitores llevadas a cabo en el seno familiar afectan de forma sustancial al menor, de modo que es importante realizar la exploración del menor para otorgarle una participación mayor en el procedimiento y, de la misma forma, para mejorar su defensa en el proceso⁵⁴⁵.

En este tipo de procesos, será el menor el receptor de gran parte de las medidas que se adopten, siendo el objeto de las mismas. Es por ello que se consagra la

⁵⁴³ Berrocal Lanzarot A.I. "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 756 (2016), 2204-2245.

⁵⁴⁴ Román Llamosí S., "Reflexiones sobre la función de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia", *Revista de derecho vLEX* núm. 135 (2015), 4-15.

⁵⁴⁵ Iglesia Monje, M. "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 759 (2017), 345-369.

especial importancia del derecho del menor a participar y a ser informado en un proceso judicial.

Entendiendo dichos derechos con la importancia que adquieren en un proceso dónde intervienen menores, vemos que en el mismo artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁴⁶ se fija el derecho de acceso a una información adecuada.

Los Estados que forman parte de la Convención de Derechos del Niño adquieren la importante función de salvaguardar el acceso a la información y todo el material que verse sobre su bienestar, salud física o mental.

A nivel nacional, dentro de la LO 1/1996, de 15 de enero, recoge en su artículo 10⁵⁴⁷, el derecho de los menore a recibir de las Administraciones Públicas la información que necesiten para poder acceder de forma correcta a un efectivo ejercicio de sus derechos. Porque para que puedan participar y verse representados adecuadamente en un procedimiento judicial, deberán poder tener a su alcance la información necesaria para, efectivamente, ejercer los derechos que les son concedidos.

2.2.1.- Capacidad procesal y el menor como parte del proceso.

La capacidad para ser parte en un procedimiento judicial es la que faculta a un sujeto para ser titular de derechos y cargas procesales, como así lo establece el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, el menor como persona física tiene capacidad procesal suficiente para poder ser parte de un procedimiento⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, núm.313, 38897-38904.

⁵⁴⁷España. Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996, núm. 15, 1225-1238.

⁵⁴⁸F. Adan Domènech, “Capacidad para ser parte en un proceso civil”, en Práctico Procesal Civil Vlex (Barcelona: Ed. Vlex, 2022), 1-7.

La capacidad jurídica es la aptitud genérica para ser sujeto de derechos y deberes, y la capacidad para ser parte concuerda con la capacidad jurídica que instaura el derecho civil⁵⁴⁹. Aunque el menor tenga capacidad suficiente para poder ser parte en un procedimiento civil, para poder comparecer en el mismo, ello no resulta suficiente. Para comparecer en un proceso judicial se necesita de la capacidad de obrar, regulado en el artículo 7 y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las personas físicas que tienen capacidad de obrar son aquellas que se encuentran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, en consecuencia, debe ser una persona mayor de edad con plena capacidad jurídica.

Cuando la capacidad está limitada, como en los casos de los menores de edad, está se deberá suplir de alguna otra forma. Habitualmente serán los progenitores los que con carácter general representarán al menor⁵⁵⁰. Así lo fija el Código Civil Español en el artículo 162, con algunas excepciones que establece la ley, cómo los casos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el menor.

Dentro de un procedimiento se debe tener en cuenta la legitimación procesal. Para poder tener legitimación en un proceso, se requiere de vinculación de la parte con el objeto litigioso, como así lo dispone el artículo 10 del Código Civil Español, indistintamente de si la pretensión que pretendemos ejercitar sea estimada o desestimada.

Aunque la falta de legitimación versa sobre una cuestión de fondo, por lo tanto, será el tribunal quien deberá decidir sobre la misma o bien figurará como hecho controvertido en la misma contestación a la demanda⁵⁵¹. En consecuencia, el menor tiene capacidad para ser parte del procedimiento, pero la capacidad para

⁵⁴⁹Gutiérrez Barrenengoa A., Larena Beldarrain J., Monje Balmaseda O., Blanco López J. "Las partes procesales (I) Concepto. Capacidad" en *El proceso civil*. ed. Gutiérrez Barrenengoa A., Larena Beldarrain J., Monje Balmaseda O., Blanco López J. (Madrid: Dykinson, 2008), 49-60.

⁵⁵⁰F. Adan Domènech, "Capacidad para comparecer en un juicio", en *Práctico Proceso Civil Vlex* (Barcelona: Ed. Vlex, 2022), 1-6.

⁵⁵¹F. Adan Domènech, "Legitimación en el proceso civil", en *Práctico Proceso Civil Vlex* (Barcelona: Ed. Vlex, 2022), 1-5.

comparecer sí que es limitada, en este caso con menores de edad se debería suplir de alguna otra forma. El problema que se plantea en un supuesto de derecho de familia es que, aunque el menor podría ser parte con una representación que le pueda complementar, pero no tiene intervención procesal en dichos procesos ya que no encontramos cabida en ninguno de los tres supuestos que establece la ley.

La intervención procesal significa la participación en un procedimiento de personas que no son ni parte actora ni parte demandada pero que su intención es defender un derecho propio o defender el derecho de alguna de las partes, o bien formular una pretensión añadida.

La ley⁵⁵² distingue tres supuestos distintos de intervención en estos casos a los que se acaba de hacer mención; la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, regulado en el artículo 13 de la LEC, la intervención provocada, regulado en el artículo 14 de la LEC, y la intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, regulado en el artículo 15 de la LEC.

A) La intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

La intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados se trata de una intervención voluntaria en el proceso, de una persona que tiene un interés directo y legítimo, y así lo recoge la jurisprudencia, pero el juzgador deberá valorar caso por caso si concurre dicho interés. Esto conlleva un procedimiento formado por cuatro fases; solicitud, admisión a trámite, alegaciones de las partes y auto de decisión. Procesalmente los efectos de la admisión de esta intervención son los de tomar la condición de parte.

⁵⁵² España. Ley Ordinaria 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm. 7, 575-728.

B) La intervención provocada.

La intervención provocada la encontramos en los supuestos en que un tercero es llamado a que intervenga en el proceso, no de forma voluntaria y nunca a iniciativa del juez, sino que lo llama alguna de las otras partes inmersas en la causa. Este llamamiento se debe realizar en la demanda y se dará traslado a la persona que queramos que se persone y asumirá una posición igual a la de parte. Este llamamiento deberá hacerse conforme un trámite de solicitud, alegaciones y resolución.

C) La intervención en procesos.

Finalmente, la última tipología de intervención en el proceso que se ha mencionado ha sido en procesos para proteger derechos e intereses colectivos, dónde contrariamente con las otras dos intervenciones, aquí existe por parte del tribunal, una obligación de verificar de oficio personas que podrían tener una posición similar al demandante⁵⁵³.

Aunque objetivamente se pueda ver reflejado, después de analizar la figura del menor, que puede ser parte en un proceso judicial, y, además, si estamos inmersos en un proceso de familia se puede afirmar que el menor tiene también legitimación procesal, dado que tiene una vinculación directa con lo que se discute y es objeto de litigio.

Aquí, sin embargo, entra en juego por un lado la capacidad de obrar, que debería ser suplida por los progenitores. Sin embargo, son ellos mismos los que debaten cuestiones en relación con el menor, y así como lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto se trata de una excepción por la que los progenitores no podrán suplir la capacidad de obrar del menor. Nos encontraríamos dentro de la excepción prevista por el Código Civil Español en su artículo 162.2⁵⁵⁴ debido

⁵⁵³F. Adan Domènech, "Intervención procesal en un proceso civil", en *Práctico Proceso Civil Vlex* (Barcelona: Ed. Vlex, 2022), 1-6.

⁵⁵⁴España. Real Decreto de 24 de julio d 1889 por el que se publica el Código Civil, 25 de julio de 1889, núm. 206.

a que, en los casos de filiación, guarda y custodia, modificación de medidas, ejecuciones pecuniarias o no pecuniarias y todos aquellos procesos en que este inmerso un menor previstos tanto en el Código Civil como en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se crea un conflicto de intereses entre los padres y el hijo menor no emancipado.

Asimismo, por el otro lado, el menor no forma parte del proceso en tanto que no es ni parte demandante ni demandada, así que para introducirse en el mismo debería hacerlo vía un litisconsorcio con una pluralidad de partes. Para que el menor pudiera introducirse en el procedimiento por esta vía del litisconsorcio, debería hacerlo mediante alguna de las figuras previstas por ley a las que se ha hecho mención anteriormente. El problema reside en que ninguno de los procedimientos que se establecen, ni en la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, ni en la intervención provocada ni en la intervención para la protección de derechos e intereses colectivos se puede encajar la figura del menor.

En resumen, la ley está fijada de tal forma que el hijo menor no emancipado cuando se encuentra inmerso en un proceso de familia no tiene ninguna forma de tramitación para incluirse como parte. Por esta razón, aunque procesalmente pudiésemos entender que cumple los requisitos para ser parte en un procedimiento, no se le puede incorporar como tal de ningún modo debido a que no se prevé por la ley.

Esta carencia de poder de personación en el proceso por parte del menor, se ha suplido con un mecanismo distinto que es la personación del Ministerio Fiscal en todos aquellos procedimientos en que esté involucrado de alguna forma un menor⁵⁵⁵. El Ministerio Fiscal tiene atribuido por ley⁵⁵⁶ la misión de promover la acción de justicia y defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley velando también por la satisfacción del interés social.

⁵⁵⁵ F. Adan Domènech, "Capacidad para ser parte en un proceso civil", *op. cit.*

⁵⁵⁶ España. Ley 50/1981, *op. cit.*

Claramente el menor no forma parte de dichos procedimientos, pero se suple por la ley mediante una figura, que en este caso es la del Ministerio Fiscal, que se encarga de defender los intereses del menor. Asimismo, el sistema se sirve de la audiencia y de la exploración del menor para asegurarse y verificar la máxima defensa del menor. La exploración del menor, cómo se ha mencionado en epígrafes anteriores, no es un elemento que vincule al tribunal con el fin de decidir en función de lo que el mismo alegue, pero sí que el juzgador le atribuirá gran peso a esa prueba.

Cómo bien establece García González, los menores son sujetos de derechos y lo que se garantiza con la audiencia es la satisfacción del derecho a ser escuchado, que no debe confundirse con el derecho a decidir⁵⁵⁷.

Sucintamente, por lo tanto, la presencia del Ministerio Fiscal, y, tanto la audiencia como la exploración del menor, son los mecanismos que se han agregado a nuestro sistema. Todo ello habida cuenta de que el menor no es parte en el proceso y que esto facilita a que no se encuentre en una posición indefensa ante la ley, sino que sirvan para ayudar a salvaguardar el interés superior del menor en cada procedimiento.

2.2.2.- El derecho del menor a ser informado del proceso judicial.

El derecho del menor a ser informado del proceso judicial va íntimamente relacionado, como ya se ha hecho mención anteriormente, con el interés superior del menor que queda recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷García González J.A. "Dret procesal", en *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*. Ed. Trigás Rodríguez J.J. (Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2019), 165-228.

⁵⁵⁸ España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de julio de 2015, núm. 175, 61871-61889.

El preámbulo de esta Ley Orgánica tiene como objeto introducir una serie de cambios jurídicos necesarios para ir hacia la búsqueda de la protección de los menores de forma uniforme en todo el estado y que sirva para las comunidades autónomas como marco para que puedan desarrollar su legislación al respecto. Con la reforma llevada a cabo, se introdujeron los criterios que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había ido fijando en los últimos años respecto al interés superior del menor. El objetivo de dicho concepto no es otro que garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos que se le reconocen al menor en la CDN, y cómo no existe un derecho que prime por encima del otro dentro de la misma Convención, una jerarquía establecida, todos los derechos responden al interés superior del menor. Aunque la regulación actual y vigente es más precisa, hay muchos intereses y factores contrapuestos con distintos conflictos y circunstancias particulares y concretas de cada supuesto. Lo que se ha intentado mediante la reforma de esta ley es establecer ciertos criterios legales de valoración para poder ponderarlos en función de las circunstancias concretas de cada caso.

Por lo anterior, se debe acudir al término "interés superior del menor" que por sí resulta difícil acotar, debido a que al abarcar tantos derechos y conceptos que se encuentran en evolución constante, no se puede encasillar lo que será el interés superior de dicho menor de forma general fijándolo en un concepto, ya que se debe establecer y evaluar el caso concreto⁵⁵⁹ pero sí que, intrínsecamente, y como se ha expuesto al inicio del epígrafe, el derecho del menor a ser informado del proceso judicial queda recogido dentro de la esfera del interés superior.

Desde un punto de vista jurisdiccional en casos vinculados con conflictos de intereses y a la hora de valorar estos pesos y contrapesos, el principio que mayormente se utiliza y que prima es el principio *pro infante*, es decir, lo que se antepone en estas situaciones es la solución que termine garantizando el mejor

⁵⁵⁹Comité de los Derechos del Niño, "Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", Convención sobre los Derechos del Niño: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>.

bienestar del menor y que ampare y proteja de forma más efectiva sus derechos. Además de forma reiterada y con una unificación de opiniones en este aspecto, lo que se debe anteponer es que todas las decisiones que se tomen en relación con el menor vayan encaradas a salvaguardar sus derechos por encima de todo proporcionando un entorno idóneo para que pueda progresar y crecer desarrollando su potencial y evolucionando⁵⁶⁰, añadiendo también la satisfacción de todo lo que conforma las necesidades tanto básicas, materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas.

Para que los derechos establecidos por ley, que son los que velarán por el interés superior, puedan ejercitarse de forma efectiva y en el caso que no se salvaguardasen los mismos, poder reparar las transgresiones o vulneraciones que hayan llevado a cabo, se deben articular procedimientos para poder reparar dichos daños. A fin de precisar lo antes referido, se deberá cumplir con el derecho a la información necesaria para acceder a todos esos derechos que se desprenden o bien intrínsecamente del proceso o bien de una infracción del mismo, siempre adaptada a las necesidades del menor⁵⁶¹.

En el mismo artículo segundo de la LO 8/2015, de 22 de julio, dónde queda establecido el interés superior del menor, en el apartado quinto letra a, expone el derecho que tiene dicho menor a ser informado. En el apartado quinto se fijan todas las garantías que se deben llevar a cabo dentro del proceso con tal de respetar el interés superior. En el apartado letra a, se recoge el derecho del menor a ser informado del procedimiento, por lo tanto, es la ley la que salvaguarda directamente el propio derecho. Además, la ley, en el mismo apartado, le atribuye también el derecho a ser oído, escuchado y participar en el

⁵⁶⁰ Abad Tejerina P. “La muerte del niño enfermo de sida” en *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*, ed. Abel Lluch X. y Fariña Rivera F. (Santiago de Compostela: Andavira Editorial, 2020), 21-26.

⁵⁶¹ Comité de los derechos del niño: Convención sobre los derechos del niño, observación general núm. 5 de 27 de noviembre de 2003. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44. Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 27 de noviembre de 2003 <<https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf>>

proceso. Queda bastante resuelto por ley, que también se le reconoce el derecho a participar en el proceso, pero no por ello ser parte del mismo.

El derecho a ser informado para poder, si quisiese, tomar decisiones relativas a su protección, debe facilitarse por parte de las administraciones públicas y las autoridades judiciales, para que los mismos reciban la asistencia necesaria para poder ejercer los derechos que se les atribuyen, para poder ser conocedores de los derechos que les asisten y de que se tenga en cuenta su opinión⁵⁶².

Primeramente, se debe asegurar la escucha a los menores, debido a que es una parte imprescindible y esencial para poder realizar un juicio sobre las medidas que deben aplicarse al menor, añadiendo también como condición sine qua non que la persona que realice la entrevista con el niño, tenga ciertas capacidades y conocimientos para poderla realizar de la forma más fructífera posible. Esto lo pone de manifiesto Mardomingo⁵⁶³ así como gran parte de la doctrina también lo ha hecho. Además, muchas veces podemos pensar que debido a su edad o el momento de confusión que pueden estar viviendo, los lleva a no tener una opinión clara y exacta de lo que quieren, pero nada más lejos de la realidad según expone Alonso Mosqueira⁵⁶⁴ ya que según su experiencia las vivencias que han tenido los ha llevado a madurar a más temprana edad y por lo tanto es importante escucharlos, de una forma activa, porque su opinión es clara y directa hacia aquello que quieren.

De igual manera el Tribunal Supremo en una sentencia del 15 de enero de 2018⁵⁶⁵ expone que la exploración del menor tiene que indagar sobre el mismo

⁵⁶²S. Becerril (Defensora del Pueblo), “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Portal del Defensor del Pueblo: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/>>

⁵⁶³ Mardomingo M.J., “Los males que vienen”, en *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*. ed. Abel Lluch X. y Fariña Rivera F. (Santiago de Compostela: Andavira Editorial, 2020), 147-153.

⁵⁶⁴ Alonso Mosqueira M. “La necesidad de priorizar el interés del niño al de los progenitores” *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*. *op. cit.*, 37-46.

⁵⁶⁵ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero de 2018.

y que, aunque después el juez deberá valorar según su madurez y sus deseos, es decir que la voluntad que exprese el menor no tiene que ser las medidas que luego se tomen, pero es una medida importante y que debe tomarse en este tipo de procedimientos.

Cabe destacar el artículo 12 de la CDN como una de las aportaciones más relevantes ya que supone un cambio de enfoque, se le atribuye al menor como sujeto activo, se le otorga una posición de participación en el proceso, aportando sus opiniones propias atendiendo a su capacidad y madurez. El debate del problema se abre tras esta exposición de derechos que se le atribuyen al menor. No existe un protocolo que ayude a traspasar la información que le permita conocer sus derechos y la posición que ostenta en el procedimiento.

El problema principal radica en que la información que reciben los menores relativa a la situación no es suficiente, muchas veces es deficitaria en toda aquella información relativa a las actuaciones previas. Añadiéndole a esto el hecho de que su primera fuente de referencia informativa es la de los progenitores, por lo tanto, mucha de esta información puede ser parcial y sesgada intentando que el menor adopte una posición a favor de la persona que aporta dicha información.

Esta información parcial que aporta uno de los progenitores, podría tacharse de obstaculización de vínculos por parte de un progenitor. Es decir, lo que intenta el progenitor es influir en la voluntad del menor de tal modo que termine rechazando sin motivo aparente al otro progenitor, conocida esta figura como el síndrome de alienación parental⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶Desviat I. "Obstaculizando los vínculos con el otro progenitor: Lo que dicen los tribunales sobre el Síndrome de Alienación parental", Diario la ley (2017). Disponible en: <<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NjQxNzBTK0stKs7Mz7M1MjA0NzA1MgUJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIALZe4gTUAAAA=WKE>>

2.2.2.1.- Síndrome de alienación parental.

El síndrome de alienación parental ha sido definido por Bernalte Benazet como *“la conducta llevada a cabo por un individuo (progenitor o allegado) intentando alejar a un menor respecto de uno de sus progenitores ... una consciente interferencia e injerencia por parte de un progenitor en la relación e su/s hijos/as con el otro progenitor que normalmente se lleva a cabo en momentos de inestabilidad o crisis familiar, a través de una injusta y constancia denigración, vejación o desprecio hacia aquél/la”*⁵⁶⁷. Este es uno de los problemas dentro de los conflictos en derecho de familia a los que debe darse mayor atención por ser común y recurrente en los procesos contenciosos.

La protección de este síndrome sucede en distintas jurisdicciones, pero dónde más incidencia tiene y en la que se encuentran más pronunciamientos sobre ello es en la jurisdicción civil en el contexto de familia, con la atribución de la guarda y custodia de los hijos. Independientemente que en el caso concreto no se tenga por acreditada la concurrencia del síndrome de alienación parental, o la instrumentalización del menor, la mayoría de resoluciones admiten la existencia del mismo⁵⁶⁸.

Isabel Desviat⁵⁶⁹ advierte que la figura del síndrome de alienación parental o SAP es una figura relativamente reciente dentro de la doctrina jurídica, aunque científicamente llevase más tiempo ya siendo debatida.

La valoración profesional, tanto judicial como pericial, es muy importante aquí porque no debe confundirse este síndrome con una fobia social o con conflicto entre el progenitor rechazado y los hijos. Todas estas estrategias deben ser

⁵⁶⁷Bernalte Benazet J. “La alienación parental (SAP/AP). Aspectos de la evolución científica y social y visión jurisprudencial” en *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*. ed. Antón Moreno M.P. y Pérez Vallejo A.M. (Madrid: Dykinson, 2020), 97-125.

⁵⁶⁸Marín López P. Resistencias a la aplicación de la ley integral. El supuesto SAP y su proyección en las resoluciones judiciales. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. “Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de menores, 1-15.

⁵⁶⁹Desviat I., *op. cit.*

perfectamente conocidas por los profesionales, siendo que por ello tienen que contar con una especialización suficiente en la materia, para tratar de evitarlas o una vez producidas, aplicar unas medidas para que dejen de suceder. Existe una serie de criterios que se usan para identificar el síndrome⁵⁷⁰ que, de forma sucinta se fijan en; campaña de injurias y desaprobación, explicaciones triviales para justificar la campaña de desacreditación, ausencia de ambivalencia en su odio hacia el progenitor, autonomía de pensamiento⁵⁷¹, defensa del progenitor alienador, ausencia de culpabilidad en relación con los ataques de los hijos hacia el progenitor, escenarios prestados⁵⁷² y extensión del odio al entorno del progenitor alienado.

Una pregunta que podría generarnos este fenómeno es el hecho de cómo se refleja la presencia del SAP en las resoluciones judiciales. Se puede ver que existe el síndrome en un asunto en particular o bien a través de los informes que realizan los expertos, o bien por las alegaciones que puedan efectuar las partes o por el directo posicionamiento del tribunal.

Evidentemente podemos deducir que la vía que con más claridad plasma que se está produciendo este fenómeno, es a través de los dictámenes de los expertos, aunque luego estos son prueba de libre apreciación judicial, los jueces no quedan vinculados a los mismos. Cabe decir que la mayoría de las resoluciones que mencionan la concurrencia del SAP, asumen la supuesta existencia al margen de que no se tenga acreditada⁵⁷³. Aunque en algunas ocasiones la resolución judicial no cuestiona que pueda existir y concurra el SAP como un

⁵⁷⁰Aguilar Cuenca J.M. "El síndrome de alienación parental (S.A.P.): interferencias en las relaciones filiales" en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia* (Madrid, Dykinson, 2008), 71-93.

⁵⁷¹En el sentido de "esto no es de ahora, yo siempre he pensado así" en la expresión del SAP la autonomía de pensamiento del hijo alienado es condición indispensable para confirmar la culminación del proceso, una vez que el menor ha alcanzado su autonomía en el proceso de denigración, el progenitor alienador puede adoptar otro papel, en ocasiones llegar al papel conciliador.

⁵⁷²El hijo adopta como propios y vividos en primera persona escenarios y conversaciones que nunca ocurrieron.

⁵⁷³Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4). Sentencia de 19 de mayo de 2005, en la que refiere que el SAP como se puso de manifiesto en el informe pericial, "viene determinado, con carácter general, por situación en la que el hijo odia a uno de los progenitores sin que se dé justificación para ello...".

síndrome, adoptando decisiones con fundamento en ciertas hipótesis y no en lo que queda reflejado como hechos ciertos y contrastados, algunas de estas resoluciones son de la AP de Madrid⁵⁷⁴ y de la AP de Palma de Mallorca⁵⁷⁵.

Se debe considerar que es un síndrome que aparece en todas las instancias, siendo que incluso en sentencias en sede de casación contienen referencias a este síndrome, como la de la Sala primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009⁵⁷⁶.

Es menester destacar también la sentencia del Tribunal Supremo dónde se hace referencia al SAP y describe una conducta que, claramente, representa la alienación a menores, la sentencia es de 22 de septiembre de 2017⁵⁷⁷ en la que se explora al menor y en los informes del punto de encuentro familiar en el que el referido hijo con doce años de edad decidió excluir todo tipo de relación paternofamiliar sin causa razonable justificándolo. Por el tribunal se pudo apreciar esa falta de motivos concretos para adoptar esa decisión y falta de explicaciones dadas, además de que el perito judicial en el informe puso de manifiesto la influencia de la madre sobre las opiniones del menor respecto del padre y por lo tanto esto justifica todavía más la necesidad de contacto más frecuente con el padre como medio de contrarrestar tal influencia y por lo tanto establecer una situación de custodia compartida.

Por lo tanto, es muy importante valorar y escuchar al menor y, para poder hacerlo de una forma debida y sin que alguno de los progenitores se sirva de la

⁵⁷⁴Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 284/2009 de 23 de abril de 2009, en la que se refiere a que se está “dando lugar a un inicio de lo que en el futuro próximo pasará a ser un SAP”.

⁵⁷⁵Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5). Sentencia de 19 de mayo de 2006, en la que se “infiere que en el futuro pueda producirse un síndrome de alienación parental, que por el momento no se ha consumado”.

⁵⁷⁶Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil) Sentencia de 30 de junio de 2009, en la que se interesaba por el padre, no biológico, una reclamación de daños y perjuicios, como daño moral, que habrían sido causados por la madre impidiendo esta la relación personal con el hijo. La sentencia afirma que existe daño en este caso y no una mera imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, por lo que estima parcialmente el recurso de casación

⁵⁷⁷Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia núm. 519/2017 de 22 de septiembre de 2017.

aportación que pueda hacer instrumentalizándolo, se debe informar y asegurarse la protección del derecho al menor a ser informado, debidamente, con la misma vehemencia que se debe proteger el derecho a ser oído, escuchado y a participar en el proceso. Cabe recalcar que es un derecho que como se ha mencionado, queda recogido por la ley de forma explícita y, de no protegerse correctamente, afecta de forma negativa y directa a la aplicación de otros derechos como escuchar al menor. Como señala Romualdo Hernández⁵⁷⁸ cuando nos encontramos con menores con una madurez suficiente debemos saber conciliar la autonomía de la voluntad con los derechos que se deben proteger, no restringiendo más derechos que los que se amparan. Asimismo, no podemos despojar a los menores de su derecho a decidir si poseen capacidad natural para hacerlo, debiendo resguardar su autonomía de la voluntad.

2.2.3.- El derecho del menor al debido proceso.

En el ámbito internacional y como se ha detallado anteriormente, el derecho al debido proceso está recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que recoge en su artículo sexto el derecho a un proceso equitativo.

Entendido este como el derecho que tiene toda persona a que *“su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*⁵⁷⁹.

Añade también que el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibida a terceros, prensa o público, en vista de un interés superior cuando por ejemplo haya menores. Lo que busca el derecho al debido proceso es confirmar la

⁵⁷⁸Romualdo Hernández Díaz-Ambrona L. “La importancia de la autonomía jurídica del niño”; en *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*, op. cit., 133-140.

⁵⁷⁹España. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, 23564-23570.

legalidad y la correcta aplicación de las leyes en todo tipo de procesos garantizando un marco de respeto de unos derechos mínimos.

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas, publicó en 2013 la observación general núm. 14 relativa al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁵⁸⁰, sitúa como norma de procedimiento el interés superior del menor, y que cuando se adopten decisiones relativas a los menores, se deberá incluir un balance de posibles repercusiones positivas y negativas que tendrá en el menor, y además la ponderación de intereses o derechos requiere que se haga con las garantías procesales debidas mencionando los criterios en los que se basen las decisiones.

El Comité es el órgano que, desde las Naciones Unidas ha sido designado para interpretar el sentido de los artículos que contiene la CDN y marcar las pautas para entender en profundidad el derecho sobre el interés superior. Además, la observación tiene por objeto garantizar que los Estados parte de la CDN dan efecto al interés superior del menor y que lo respetan en todas las decisiones judiciales, administrativas, etapas del proceso, leyes y directrices. Como bien se señala en dicha observación general, en el apartado quinto de la evaluación y determinación del interés superior del niño, para poder llegar a determinar el interés superior se entiende que se requiere de un proceso estructurado y con las debidas garantías.

A nivel nacional, es un derecho que también recoge la Constitución Española en su artículo 24.2 dónde fija el derecho a *“un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...”*⁵⁸¹.

Para poder hablar del derecho del menor al debido proceso, se debe destacar primeramente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, en su artículo 2 relativo al

⁵⁸⁰Comité de los Derechos del Niño, “Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, Convención sobre los Derechos del Niño: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>.

⁵⁸¹ España. Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*. núm. 311, 29313-29424.

interés superior del menor del que se ha venido hablando, en el epígrafe quinto quedan fijados estos derechos del menor a que se adopten las debidas garantías en el procedimiento.

Como señala la legislación, el menor tiene una protección frente a la ley equivalente a la que puede tener cualquier ser humano, de hecho, se le atribuye incluso un nivel más elevado de salvaguarda de los propios derechos, en comparación con la que tendría cualquier persona mayor de edad. Tiene este plus de protección porque al tratarse de un menor de edad tendremos que atender a la falta de capacidad de obrar para ejercer los derechos que le son otorgados a cualquier persona por el mero hecho de nacer.

El menor, al no poseer esta aptitud para el ejercicio de los derechos que posee, tiene una protección mayor. Se le conceden, por lo tanto, todos los mecanismos que se han ido estimando que son necesarios para llevar a cabo el proceso con todas las garantías debidas, el artículo segundo apartado quinto, de la ley 8/2015, enuncia que toda medida que sea adoptada en el interés superior del menor deberá respetar las garantías de un debido proceso y después particularmente añade unas bases que no deberían quebrantarse al realizar un proceso en el que se alude al interés superior del menor.

Como se ha mencionado, si no garantizamos un proceso debido con todas las garantías, y hablando de menores a la hora de salvaguardar las garantías procesales oportunas, a posteriori no podremos garantizar que se protejan el resto de derechos que se le atribuyen al menor en el proceso.

Queda establecido tanto por la normativa vigente de derechos que deben garantizarse para salvaguardar los derechos del menor, y esencialmente el derecho del interés superior, como también por la jurisprudencia que seguidamente se citará, que hay ciertos derechos que deben protegerse para que el menor tenga garantizado un debido proceso aun no siendo parte directa del mismo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 82/2021, de 8 de abril de 2021⁵⁸², esgrime que tendremos que tener especial cuidado que las medidas que se acuerden por el juez sean primeramente habiendo escuchado al Ministerio Fiscal, mediante la obtención del informe que el mismo debe emitir, seguidamente también llevando a cabo la escucha de los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime o bien necesario de oficio por parte del juez, se haga a petición del mismo Ministerio Fiscal, alguna de las partes, miembros del Equipo Técnico Judicial, o también puede ser que se pida por parte del propio menor. Una vez hechas estas consideraciones, se deberán valorar las mismas, todas las alegaciones que las partes hayan hecho a lo largo de la comparecencia, así como la prueba que se haya practicado. Estos son los mecanismos que el juez tiene en cuenta a la hora de fundamentar la resolución a la que llega, y son los mismos que, como bien se ha hecho mención, ayudan a proteger un debido proceso para el menor. El derecho del niño a ser escuchado queda instaurado como un principio esencial para la determinación del interés superior del menor.

La valoración de la prueba, a la que se ha hecho mención en el párrafo anterior, y motivación de la misma exige que se dé una respuesta fundada en derecho, por lo tanto, una motivación que no esté sometida a los extremos de debate, del objeto del procedimiento, quebrantaría el artículo 24 de la CE⁵⁸³, esto queda de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quedando recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2016 número 299/2016.

En este ámbito, en la legislación no queda previsto que cuando se adopte una decisión por parte del juez, este, le comunique al menor la medida que toma como resultado del proceso. La función de hacer ese traslado de información forma parte de las tareas de los progenitores. Sin embargo, en los casos en que manifiestamente el menor haya expresado una opinión distinta durante el

⁵⁸²Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª). Sentencia núm. 82/2021, de 8 de abril de 2021.

⁵⁸³Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 299/2016, de 5 de mayo de 2016.

proceso a lo que queda resuelto por el juez, deberá ser o el mismo juez o el Ministerio Fiscal quienes deberán dar traslado de esa información al menor⁵⁸⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo 429/2018, 14 de septiembre de 2018⁵⁸⁵, establece el interés superior del menor dentro de la calificación de estatuto jurídico indisponible, basándose en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, y que para garantizar el mismo se debe tomar en consideración todos aquellos procedimientos que afecten al menor, así como toda la información que se extraiga de la práctica de la prueba, sobre todo de acuerdo a los derechos que figuran en LO 1/1996, con especial atención del artículo 2 del interés superior del menor modificado por la ley 8/2015.

Al encontrarnos en un sistema que está encarado a proteger el interés superior del menor, otorgándole importante consideración a la práctica y la valoración de la prueba, si se ve infringida la normativa en cuanto a cualquier cosa que pueda afectar vulnerando el interés superior del menor, la infracción de esta normativa constituye una violación del artículo 24 de la Constitución Española habida cuenta que provoca indefensión.

Las recomendaciones que se hacen desde el defensor del pueblo dirigidas a la secretaría de Estado de Justicia, van muy acorde con las deficiencias del sistema que hemos ido viendo, proponiendo que se introduzca el beneficio de justicia gratuita a favor de los menores, que quisieren, para que puedan hacer valer sus opiniones en un procedimiento en todo aquello que les concierna, y además siguiendo la línea de lo que establece el Convenio Europeo sobre el ejercicio de derechos por parte de los niños, en su artículo quinto, otorgar y reconocer derechos de participación en los procesos que afecten a los menores y que pudieran, así como lo hacen las partes, ejercitar total o parcialmente los derechos⁵⁸⁶. Se le daría así al menor la posibilidad de llegar a ser verdadera

⁵⁸⁴ Defensor del Pueblo, “Derechos de los niños y adolescentes”, Defensor del Pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/infancia>

⁵⁸⁵ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 492/2018, 14 de septiembre de 2018.

⁵⁸⁶ Defensor del Pueblo, “Derechos de los niños y adolescentes”, Defensor del Pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/infancia>

parte en el procedimiento para hacer velar sus derechos. Esta sería una forma parcial de dar cobertura a las carencias actuales con las que se encuentran tanto la salvaguarda de los derechos del menor dentro del proceso, como la protección del derecho a un proceso con las debidas garantías.

3.- PROPUESTA DE PROTECCIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL ABOGADO DEL MENOR.

En consideración al derecho de familia y tras las manifiestas carencias en los distintos procedimientos judiciales en los cuales se encuentra inmerso un menor, resulta imprescindible la necesidad de transformar el modelo actual. La propuesta realizada para llevar a cabo una representación real y efectiva de los menores en los procesos judiciales pasa por crear una figura jurídica a través de un nuevo organismo para otorgar al menor de una verdadera defensa. Y ello radica en la figura del abogado del menor que vele por sus intereses y que le asista defendiéndolo técnicamente en cualquier asunto legal dentro de los procedimientos familiares.

La defensa de la infancia en los procesos judiciales de familia a través de un abogado viene directamente relacionada con la capacidad de los menores para el ejercicio de sus derechos. Ciertamente, un menor entendido como persona en formación, no puede desenvolverse en igualdad de condiciones que un adulto, siendo por ello que esta circunstancia o justificación, juntamente con las distintas incorporaciones normativas introducidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, reafirma la necesidad de una protección integral de derechos en relación con las personas menores de edad⁵⁸⁷. Esto permite llevar a cabo un cambio de enfoque para establecer la posición de sujeto de derecho a los menores de edad, pero se debe seguir manteniendo una especial consideración a los mismos habida cuenta de su vulnerabilidad objetiva, mereciendo así una protección superior en lo que respecta a su legitimidad.

⁵⁸⁷Villagrasa Alcaide C. "Prólogo" en *El principio del interés del menor*, ed. Gutiérrez i Albertosa J. M., (Barcelona: JM. Bosch Editor, 2019), 15-18

Actualmente, la legislación se encuentra todavía lejos de este planteamiento, no habiéndose forzado este cambio de paradigma respecto a la posición en la que se encuentra el menor en los procesos judiciales, ya que para que este pueda ejercer los derechos que se le reconocen en la Convención se debe establecer al niño como un verdadero sujeto de derechos en los procedimientos judiciales, a través de su aplicabilidad real más allá del marco normativo y teórico que se le otorga.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluye esta consideración refiriéndose al mismo como un sujeto pleno de derechos que puede ejercer los que le son reconocidos por la propia convención atribuyendo y garantizándole los estados partes que el menor *“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 niño⁵⁸⁸”*. Del mismo modo, en el referido texto legal, tal y como ha quedado detallado a lo largo del presente estudio, el menor tiene reconocido el derecho a ser oído en los asuntos que lo incumban y a que se le defiendan sus intereses.

De igual forma, en las directrices que estableció el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 sobre la justicia de menores, en el primer epígrafe se recoge el alcance y los objetivos, a través de la finalidad de garantizar en todos los procedimientos los derechos de los niños, entre los cuales destaca la representación, participación y protección, entre otros, como derechos que se deben respetar completamente teniendo en cuenta el nivel de madurez del niño y atendiendo a las circunstancias del caso. Tal y como se detalla, respetar los derechos de los menores no tendría por qué poner en peligro los derechos de las otras partes que pudiesen intervenir en el mismo procedimiento. Asimismo, en el apartado referente al acceso a los juzgados y a los procesos judiciales, menciona que los menores deberían contar con recursos

⁵⁸⁸España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313, 38897-38904.

efectivos para ejercer sus derechos siendo la ley estatal la que debería proporcionar y facilitar dicha posibilidad, eliminando cualquier falta de asesoramiento jurídico⁵⁸⁹.

Se ha puesto de manifiesto tanto a través de la normativa como de la legislación y la doctrina que se prevé que el menor esté representado en los procedimientos, pero todavía no se lleva a cabo de una forma con aplicabilidad real.

La propuesta formulada al principio de este tercer epígrafe se funda sin perder de vista que toda decisión que se realice, cuando interviene un menor, se debe hacer tomando en cuenta y fundándola en el interés superior del mismo y la posibilidad de la intervención de un abogado que, como particularidad, debe cumplir con la figura que aportará verdadera representación y defensa técnica del menor cuyos derechos están en juego en el proceso.

Lejos de lo que puede parecer, es una figura que se encuentra ya en otros ordenamientos jurídicos como el argentino. En Argentina, la institución del abogado de los niños, niñas y adolescentes es una realidad que no solo tiene implantación e importancia legal ante cualquier procedimiento familiar, sino que el rol de abogado del menor está presente en cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que le afecte⁵⁹⁰.

De forma sucinta y aclarando el organismo que aquí se propone instaurar, la figura del abogado del menor queda recogido en el artículo 679 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina donde determina el “juicio contra los progenitores”, que un menor puede demandar a sus padres “*por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada*⁵⁹¹”. Posteriormente la Corte Federal de Argentina adoptó una posición esclarecedora respecto a la defensa técnica del

⁵⁸⁹Council of Europe Publishing (2010) Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice

⁵⁹⁰*Ut supra*. Ver capítulo segundo, apartado tercero, sobre *aplicación práctica del abogado del niño en Argentina*.

⁵⁹¹ Argentina. Ley Nacional 26.994 de 1 de octubre de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. *Boletín Oficial del 8 de octubre de 2014*, núm. 32985.

abogado del menor dependiendo del grado de madurez, propiciando la designación de abogado defensor de los derechos del menor independientemente de cuál fuera el grado de madurez del mismo⁵⁹².

No se pretende a través de este estudio replicar en el ordenamiento jurídico español la forma de representación exacta que se establece en Argentina, pero sí el camino de la misma en su desarrollo a la hora de tomar como modelo una representación y defensa de los menores que existe y funciona en un ordenamiento jurídico actual⁵⁹³

La innovación que supone este organismo en nuestro ordenamiento jurídico responde a la introducción en el procedimiento judicial de familia de una tercera parte, con la salvedad de que se encargará de intervenir y representar los intereses personales del menor atendiendo a valorar cada situación y ponderar cada caso con las peculiaridades del mismo.

La controversia en los procedimientos de familia resulta de un conflicto de intereses entre los padres o representantes legales y los menores, es por ello que la figura que aquí se propone es una implementación positiva y con muchas ventajas en el ordenamiento jurídico español en este sentido.

3.1.- Materias en que se designa abogado del menor.

Esta propuesta de implementación de la figura del abogado del menor tiene como objetivo introducirse en los procedimientos de familia puesto que en la gran mayoría de casos persiste la existencia de problemática familiar, la sobreposición de intereses entre los progenitores, así como la involucración

⁵⁹² Cascallares, J. A., Agüero, N. O. (2020) Abogado del niño: Algunas precisiones sobre sus funciones y circunstancias que ameritan su intervención. Diferencias con la figura del tutor especial. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 94, 72. AR/DOC/858/2020.

⁵⁹³ Cascallares J.A. y Agüero N.O. (2020) Abogado el niño: Algunas precisiones sobre sus funciones y circunstancias que ameritan su intervención. Diferencias con la figura del tutor especial. En: Derecho de familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Ed por: Grosman P, Kemelmajer de Carlucci C. y Herrera M. Núm. 94, 72-84.

nociva del menor. Es por ello por lo que el menor requiere de una asistencia jurídica letrada que vele en favor de sus intereses, además de asegurarse que no se están vulnerando sus derechos.

En primer lugar, quedará detallada la preceptiva actuación que debe tener el abogado del menor en los distintos supuestos concretos, a través del establecimiento de las materias en las que procederá designar esta defensa mediante abogado, con la finalidad de brindar esta protección. A continuación, van a señalarse, por grupos, las distintas áreas de actuación en las que el abogado del menor deberá comparecer siempre y ejercer sus funciones.

Las materias en las que se precisa de la intervención del abogado del menor son, a grandes rasgos, en los casos de; filiación, controversias en el ejercicio de la potestad parental, sustracción de menores, establecimiento en la contribución de los gastos de los hijos a la hora de fijar una pensión de alimentos, y procedimientos de guarda y custodia.

A) Acciones de filiación.

Las materias en las que es de preceptiva intervención la figura del abogado implementando la propuesta, es en las acciones de filiación en las que por normativa deberá intervenir el menor en dichos procesos.

Resulta importante mencionar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 11/2021, 10 de febrero de 2021⁵⁹⁴, en la que, en su fundamento de derecho quinto deja constancia que claramente el menor no fue demandado ni compareció en el procedimiento por medio de ninguno de sus representantes legales y que debería haber intervenido en el proceso como parte.

⁵⁹⁴Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 11/2021, de 10 de febrero.

El Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ), de Cataluña lo que expone es que la necesidad de la intervención del menor en el procedimiento viene exigida por dos leyes; la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 12.2. No asumió el Ministerio Fiscal la representación y defensa del hijo ya que intervino como parte en cumplimiento de lo que dictamina el Estatuto Orgánico⁵⁹⁵ en los artículos 3.6 y 3.7.

Además, en el supuesto en concreto que aquí se menciona, existían claros intereses contrapuestos entre los intervinientes mayores de edad en el proceso, habiéndosele debido nombrar, en consecuencia, un defensor judicial que hubiera tenido en cuenta los hechos concretos del caso y hubiera defendido los intereses del menor adoptando una posición favorable a los mismos.

Concuera el tribunal que el hijo debió intervenir como parte y que no lo hizo, concurriendo en este caso la existencia de litisconsorcio pasivo necesario que debió ser subsanado. Por lo tanto, se debe proceder a declarar la nulidad de actuaciones con reposición de las mismas al momento de la audiencia previa para que se proceda a nombrar un defensor judicial para que asuma la defensa del menor.

B) Controversias en el ejercicio de la potestad parental.

En el caso de las controversias en el ejercicio de la potestad parental debería el menor también formar parte del procedimiento. Estos procedimientos en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda se sustancian por la vía de la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁹⁶.

A este procedimiento judicial pueden recurrir los progenitores que sean titulares de la potestad parental del menor y necesiten la intervención judicial para dirimir

⁵⁹⁵ España. Ley 50/1981, *op. cit.*

⁵⁹⁶ España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2015 núm. 158, 54068-54201.

divergencias y disputas concretas sobre el ejercicio de la misma. Aquí las controversias radican en discusiones que exigen de una rápida resolución debiendo, el juzgado competente, resolver sobre qué progenitor deberá decidir sobre esa cuestión en concreto que es objeto de debate.

Todo menor se encuentra bajo la protección de sus padres, titulares de la patria potestad o representantes legales del mismo. Ciertamente es que en unas ocasiones podrán actuar por sí solos, pero, cuando estamos ante una controversia de potestad parental en la que se entra a decidir sobre un aspecto concreto de la vida del menor en el que los padres no están de acuerdo, este debería ostentar una representación en el mismo proceso que defendiera sus derechos y sus intereses.

Sobre todo, en estos casos resulta importante que el menor tenga su propia y separada representación y defensa a lo largo de todo el proceso pues es posible que en la situación de disconformidad planteada, existan una serie de intereses contrapuestos y por ello es sumamente importante contar con un abogado que represente en exclusiva al menor. Es en el propio código civil común, concretamente en el artículo 162⁵⁹⁷, donde se prevé que en los casos mencionados y cuando exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, los progenitores no serán quienes ostenten la representación legal de los hijos menores no emancipados. Lo que queda regulado en este precepto es un comienzo para garantizar la defensa de los menores pero, aunque no existiere manifiestamente un conflicto de intereses o no hubiere conflicto alguno, el menor debería poder intervenir mediante un representante para hacer valer sus preferencias en el asunto, teniendo en consideración que al fin y al cabo es una decisión que le afectará de forma directa y que, habitualmente en estos procesos de jurisdicción voluntaria, se suelen tratar temas importantes y trascendentales para el menor.

⁵⁹⁷España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, *op. cit.*, art. 162.

C) Sustracción Internacional de menores.

Otra materia en la que se considera a través del presente estudio que resulta preceptiva la intervención esta nueva figura del abogado del menor es en la sustracción internacional de menores. La sustracción internacional de menores radica cuando un progenitor se traslada o retiene ilícitamente a los hijos en otro país distinto al de la residencia habitual sin el consentimiento ni autorización del otro progenitor y, sin autorización judicial; regulándose los aspectos civiles de este delito en el Convenio de la Haya⁵⁹⁸. Este texto legal tiene como función restituir a los menores que se han sustraído de sus países de origen con la máxima celeridad. En estos casos, al tratarse de un procedimiento que se debe sustanciar de forma urgente, no cabrá acordar la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal. En estos procesos debería también tener cabida la defensa y representación del menor para que, igual que se oye a las partes para que expongan lo que estimen procedente, el menor vía su representante legal debería poder hacer valer sus derechos máxime cuando el referido convenio, en su artículo 13, enumera los motivos tasados de oposición a la restitución.

D) Pensión de alimentos.

Del mismo modo, resulta imprescindible la figura del abogado del menor en los procesos relativos al establecimiento de la pensión de alimentos o contribución a sus gastos cuando todavía es dependiente económicamente. Este conflicto se origina como una de las principales consecuencias en los casos de separación o divorcio en el que deberemos establecer la contribución de los gastos de los hijos a la hora de fijar una pensión de alimentos. Esta obligación de satisfacer alimentos a favor de los hijos normalmente recae bajo el cónyuge que no los tiene bajo su guarda y custodia, por lo tanto, se deberá repartir el sufragio de los gastos ordinarios de mantenimiento y los gastos extraordinarios, atendiendo a las circunstancias del caso y a la capacidad económica de la que dispongan cada

⁵⁹⁸España. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, Boletín Oficial del Estado núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

una de las partes. Cuando no hay acuerdo entre los cónyuges para hacer una distribución de gastos atribuyendo una proporción en la que habrán de contribuir a los mismos, entra en juego el papel del tribunal que será el encargado de dar una solución. Aquí se está debatiendo la forma de contribuir en los gastos que tiene un menor, por lo que resulta sumamente beneficioso para el mismo la participación en el procedimiento del abogado del menor, idealmente debiendo fijarse siempre de forma preceptiva.

E) Procedimientos de guarda y custodia.

Finalmente, pero no menos importante, se debería incluir la obligatoriedad de representación de los menores vía el abogado del menor en los procedimientos de guarda y custodia. Esta medida se entiende como la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad, en consecuencia, cuando nos encontramos ante situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio, debiéndose decretar cómo se organizarán los padres, a través de la guarda y custodia y del régimen de comunicación y estancias. Resulta fundamental que, en decisiones de este calibre, como son la distribución del tiempo del menor con los progenitores, se salvaguarden y se tengan en consideración los derechos del menor. Para que se lleve a cabo de una forma totalmente eficaz, el menor debe estar representado y defendido en el proceso y en la vista.

Además, aunque no sea una materia propiamente dicha y por lo tanto no se debe redactar dentro del listado de las mismas, se debería establecer como obligatoriedad del abogado del menor, la de intervenir en cualquier mediación o bien conciliación en la que participen los progenitores.

La elección de las materias en que entendemos que preceptivamente el abogado del menor tiene que comparecer, no son escogidas al azar, son todos aquellos asuntos dentro del ámbito del derecho civil de familia en los que encontramos la presencia de uno o más menores y que las decisiones adoptadas al respecto influyen, directamente, en la vida, las preferencias y las circunstancias de los mismos.

Es fundamental la creación de una institución que supla las carencias que han quedado al descubierto a lo largo del presente estudio por parte del Ministerio Fiscal. Sin estas innovaciones, y como ya se ha visto y ha quedado acreditado, el menor se encuentra en una situación de desamparo ante la ley. Muchas veces, aunque los derechos que ostenta el menor están recogidos en leyes que se han mencionado a lo largo de la presente investigación, al menor no se le da la asistencia que necesita, ni toda la información que requiere, ni se le escuchándolo, ni se le deja decidir, ni tampoco se le hace partícipe como a sujeto de derecho pleno en el proceso.

Aunque como se ha hecho alusión, no hablamos exclusivamente del proceso judicial, sino de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial en que el menor tenga cabida, es decir, se debata o discuta cualquier aspecto de la vida del menor que pueda afectarle.

La implantación de esta institución en nuestro ordenamiento es fundamental porque, partiendo de las carencias que se han desarrollado con anterioridad⁵⁹⁹, el abogado del menor se entiende como una figura altamente especializada en el derecho de familia, característica que el Ministerio Fiscal no posee⁶⁰⁰.

Todo ello se evidencia por ejemplo cuando se le da traslado del expediente judicial al Ministerio Fiscal y tiene que realizar el escrito de contestación, presentando como redactado un escrito a grandes rasgos y sumamente escueto. Con el abogado del menor esos escritos no se alterarían denotando una evolución positiva al menos, no como consecuencia directa de dicha implementación, pero sí que encontraríamos un amparo superior para los menores. El hecho de la especialización obligatoria para poder acceder a dicha profesión, la del abogado del menor, haría que pudiera velar por los intereses del mismo de forma personalizada, atendiendo específicamente a las necesidades de cada uno, y del mismo modo, a las del caso concreto.

⁵⁹⁹*Ut supra*. Ver capítulo tercero, punto primero, epígrafe sexto, sobre *Carencias e imposibilidad de representación ordinaria. Alcances*.

⁶⁰⁰Porque como se ha mencionado hay rotación de fiscales por diferentes asuntos, más de un fiscal lleva un asunto en los diferentes estadios, y conocen de múltiples materias.

En el mismo sentido, en los procedimientos de mutuo acuerdo, el Ministerio Fiscal debe que redactar un informe en el sentido de si es favorable o no respecto a los pactos alcanzados en el convenio regulador, sin olvidar que, en medio de lo que no deja de ser un conflicto entre dos partes, sigue existiendo un menor. Con la puesta en funcionamiento de esta nueva figura, tendría cabida dentro incluso del mutuo acuerdo, un espacio dónde el menor mediante su abogado tuviese la posibilidad de ver amparados sus derechos en lo que realmente no deja de ser una negociación entre partes.

Si analizamos los casos contenciosos, las conclusiones y las peticiones del Ministerio Fiscal son, normalmente, altamente consideradas por el juez, habida cuenta de su innegable objetividad comparándolo con las partes. Si bien, al margen de las peticiones que pueda formular una tercera posición, sería altamente beneficioso contar con el punto de vista de la defensa del menor, una parte en medio del conflicto que puede llegar a sufrir los efectos colaterales y que por lo tanto debería dársele voz, acción que quedaría garantizada con la atribución de un abogado para dicho menor.

Por todo ello resulta tan trascendente que pueda llevarse a cabo la regularización e implementación legislativa del abogado del menor.

3.2.- Momento y forma en que se designa.

Se entiende la figura propuesta del abogado estrictamente relacionada con el respeto a la personalidad y a la dignidad de los menores. Se designa este abogado especializado en infancia a cualquier menor de edad, sin que el mismo haya de adquirir un grado de madurez suficiente. Por lo tanto, la intervención es preceptiva en todos los supuestos que se han mencionado indistintamente de la edad o de la madurez del menor.

Resulta especialmente relevante detallar al menor cuáles son sus derechos, tanto en los procesos judiciales como en los extrajudiciales, así como los

mecanismos e instrumentos que tiene a su alcance para afrontar posibles violaciones de derechos⁶⁰¹.

La falta de madurez del menor no excluye de ningún modo la representación del abogado porque esa insuficiencia no puede limitar la posibilidad de acceder a una defensa, estaríamos sino creando un perjuicio mayor. Lo único que puede limitar es esa relación entre el abogado y el menor, y que debe suplirla el abogado con la participación de los progenitores, padres o representantes.

Lo que se pretende con la introducción de esta nueva figura es brindar mayor protección a los menores proporcionándoles herramientas para que puedan salvaguardar sus derechos. Se debe actuar siempre teniendo en cuenta el propósito del sistema jurídico, actuando con el respeto que merecen los menores con el fin de conseguir el resultado deseado y no provocar más perjuicios aumentando la vulnerabilidad de los menores⁶⁰².

El juez solo y exclusivamente entrará a dirimir en los casos en que los hijos sean mayores de edad, pero dependientes económicamente y decidan que no requieren de esta asistencia letrada, puesto que su voluntad es contraria a esta representación y defensa en el mismo procedimiento, y por lo tanto el juez, en este caso, será el responsable de decidir si procede decretar la no representación procesal, o si, por el contrario, se le designará la asistencia jurídica letrada de todos modos. En ese supuesto, no puede imponérsele la comparecencia obligada en el proceso ni tampoco, en el caso de que hubiese manifestado que no quisiese, designarle abogado, pero para que pueda decidir con todas las garantías a su alcance, se le debe ofrecer, por parte de todos los operadores jurídicos, información adecuada y suficiente para que llegue a comprender la magnitud y la importancia de las decisiones que tome.

⁶⁰¹Council of Europe Publishing (2010) Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice.

⁶⁰²Cascallares, J. A., Agüero, N. O. (2020) Abogado del niño: Algunas precisiones sobre sus funciones y circunstancias que ameritan su intervención. Diferencias con la figura del tutor especial. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 94, 72. AR/DOC/858/2020.

Para cumplir con la designa del abogado del menor, se debe crear un registro de abogados del menor por parte del colegio profesional que corresponda en cada partido judicial⁶⁰³. En el mismo, se deben inscribir aquellos abogados que acrediten que cuentan con una especialización en derecho de familia y, adicionalmente, en psicología de la infancia.

La especialización será obligatoria para los letrados que hayan finalizado estudios del nivel máster especializado en derecho de infancia y adolescencia, así como la acreditación de un posgrado específico de psicología infantil. Esta formación específica en el ámbito de los menores es preceptiva para el ejercicio de esta figura. Del mismo modo se requiere el ejercicio continuado de diez años de especialización y ejercicio en el ámbito del derecho de familia.

Cuando se inicie un asunto de derecho de familia incluyendo los ámbitos y materias que anteriormente se han establecido como las concretas en las que intervendrá el abogado del menor, los letrados de los progenitores intentarán aproximar posturas con el fin de llegar a un consenso. Una vez se dé trámite al asunto, se designará un abogado del menor para que evalúe el convenio regulador mediante un informe que acredite la idoneidad o no, de las medidas que se han tomado por parte de los progenitores. Para el caso que las negociaciones resulten infructuosas, se iniciará el correspondiente proceso contencioso requiriendo a las partes, mediante el decreto de admisión a trámite de la demanda para que comparezcan en sede judicial con el menor, así como requiriéndoles para que aporten sus partidas de nacimiento actualizadas. Una vez se de traslado a las partes y en caso de haberlos, será el propio tribunal de oficio, quien asignará de forma aleatoria un letrado del correspondiente registro de abogados al menor. El mismo, debe contar con el oportuno trámite para contestar la demanda, del mismo modo que el resto de las partes y, una vez precluido dicho trámite, deberá citarse a las mismas para el día de la celebración de la vista.

⁶⁰³Según el artículo 2 de la Constitución Española de 1978.

La función que debe desempeñar es la de salvaguarda de los derechos de su “cliente”, pero atendiendo a que, al tratarse de un menor, persona que se incluye dentro de un ámbito de vulnerabilidad, no se deben ceñir las actuaciones solo a ese ámbito, sino que se debe atender a las inquietudes y deseos del menor para llegar a entender que será lo más beneficioso para el mismo, por lo tanto, atendiendo siempre a su interés superior.

Esta búsqueda de la voluntad y el mayor beneficio del menor, no se consigue únicamente recabando información del mismo hijo o hija, sino que resulta necesaria la realización de informes proporcionados por equipos profesionales, accediendo a información de su entorno escolar y sanitario, entre otros. Y ello con el fin de entender correctamente las concreciones específicas de cada caso y poder brindar la ayuda necesaria en aras a proteger al menor de la mejor forma posible.

La vista de estos procedimientos seguirá el mismo cauce procesal que hasta el momento, incluyéndose una parte más en el proceso.

Las aptitudes que deberá reunir el abogado del menor se deben prever en un instrumento normativo con el fin de salvaguardar el acceso al registro de profesionales que deban acreditar la especialización concreta. Esta es la forma de asegurar que el abogado está especializado tanto en derecho de familia como concretamente en los derechos de los menores con mención en psicología infantil, y, además, que el desempeño del trabajo resulta autónomo dificultando que existan injerencias por parte de los progenitores.

Resulta importante detallar que el abogado del menor no debe cumplir exclusivamente con las funciones del abogado de un adulto, sino que debe contar con una formación más allá de la simple y llana asistencia técnica jurídica. El trabajo adherido a esta especialización con el fin de salvaguardar y defender al menor consiste en ejercer un contacto directo con su entorno para que el mismo entienda las necesidades del menor, así como sus intereses de forma objetiva.

Otra de las funciones que deberá desempeñar este letrado especializado es no solo la asistencia jurídica sino también la escucha activa al menor para atender a sus inquietudes y deseos, nunca supliendo su voluntad.

Una vez se haya designado el abogado del menor, este no puede renunciar a la asistencia letrada del asunto, ya que no cabría la exclusión en este procedimiento al no quedar recogido en el artículo 31 de obligaciones profesionales de la Ley de asistencia jurídica gratuita. Además, debe participar en todas las instancias judiciales de que se trate, para poder dar un cumplimiento al debido proceso y a la defensa del menor.

A fin de regular la meritada lista de abogados del menor, deben ser los colegios profesionales los que se encargan en cada partido judicial de disponer de un registro particular con el fin de asignar las acciones necesarias para el pleno funcionamiento de la figura del abogado del menor. Además, se debe recoger en un reglamento de funcionamiento, que podrá ser único para todo el estado español, en el que se establecen las pautas para la designación del abogado, la forma de contraprestación, la forma en cómo se espera que el abogado vaya a actuar y la no renuncia del asunto, entre otras cuestiones.

Las exigencias que en esta figura se plantean a diferencia de otros ámbitos del derecho se fundamenta en la especial protección y la vulnerabilidad que recubre la figura del menor.

3.3.- Necesidad de especialización de los juzgados de familia y relación del abogado del menor con el Ministerio Fiscal.

Es evidente la urgente necesidad de especialización de los juzgados de familia para tratar de garantizar una justicia con plena igualdad de condiciones en todo el territorio español.

Esta premura en la especialización del sector se viene reclamando desde hace algún tiempo, en especial desde el sector de profesionales de la abogacía. En

una materia como es el del derecho de familia, un aspecto tan importante y sensible, todos los profesionales involucrados en el procedimiento deberían tener a su disposición herramientas suficientes para tratar de mejorar de forma sustantiva el tratamiento y el desarrollo de todo el proceso, llegando así a las mejores soluciones posibles, teniendo en cuenta todos los sujetos involucrados en cada caso.

Esta carencia en el sistema ha venido poniéndose de manifiesto de forma reiterada y, en especial durante la inauguración del II Congreso de la Infancia y Adolescencia⁶⁰⁴ donde se expuso esta realidad con el objetivo de reivindicar la especialización necesaria en infancia, familia y capacidad alrededor de toda España, no solo en las grandes ciudades.

En el mismo acto de apertura del Congreso la comisionada de “Acció Social” del ayuntamiento de Barcelona, Sonia Fuertes Ledesma, declaró que *“una sociedad que no tiene un cuidado especial a los menores es una sociedad que no vela por su futuro”* es *“una oportunidad para abordar propuestas concretas y demuestra la necesidad de dialogo interdisciplinar y especialización en derecho de familia”*. Por ello, se debe apostar y apoyar un sistema encarado a la especialización del derecho de familia en todos los juzgados, con el fin de dar voz a los menores haciendo que las decisiones que se tomen respecto a sus intereses sean más beneficiosas para los mismos y protejan sus derechos.

Actualmente los juzgados especializados en familia no se encuentran en todos los partidos judiciales, existiendo cierta discriminación a toda esa población que, por jurisdicción, debe acudir a un juzgado de instrucción en vez de a un juzgado especializado, siendo que la discriminación más grande la sufren los menores que se ven afectados por esta realidad. Y a este factor se debe añadir los retrasos constantes en los equipos de psicólogos y la falta de recursos que hacen

⁶⁰⁴ Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona (2022) Nota de Premsa: L'advocacia reclama l'especialització dels jutjats de família a tot Espanya per garantir l'accés a la justícia en igualtat de condicions. En <<https://www.icab.cat/ca/actualitat/noticies/noticia/Ladvocacia-reclama-lespecialitzacio-dels-jutjats-de-Familia-a-tot-Espanya-per-garantir-lacces-a-la-Justicia-en-igualtat-de-condicions/>>

que los procesos se hagan eternos, junto con la falta de concreción de las sentencias que realizan los juzgados de instrucción en contraposición a la especificidad de las resoluciones dictadas por un juzgado especializado⁶⁰⁵.

Juntamente con esta necesidad de especialización en 2018 se desarrollaron las observaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño respecto a un examen iniciado el pasado año 2016 encarado a mejorar el tratamiento en un proceso judicial hacia los niños y adolescentes. Resultó especialmente incisivo en la formación que requieren los jueces para aprender a oír al menor, es decir, insistieron en que es imprescindible que todos los sujetos del proceso se especialicen⁶⁰⁶. Paralelamente a estas directrices, existe jurisprudencia⁶⁰⁷ del Tribunal Supremo encarada a que se escuche, por parte del juez, al menor, advirtiendo que se decretará la nulidad si no se realiza y no resulta motivado en la resolución conforme al interés al menor en el caso concreto.

Resulta de fundamental importancia la necesidad de especialización de los tribunales en derecho de familia con el fin de garantizar el acceso a una justicia efectiva para todos los ciudadanos. Por lo tanto, la propuesta de la figura del abogado del menor no se puede concebir propiamente como un mecanismo de especialización de los sujetos presentes actualmente en un procedimiento de derecho de familia, porque es una figura cuyo fin es ser introducida en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, sí que resulta una herramienta, que en cuanto se puede entender que indirecta, tiene incidencia en mejorar para llegar a concebir verdaderamente al menor, dentro del proceso judicial de derecho de familia que se ha mencionado, como un sujeto más con plenos derechos.

⁶⁰⁵Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona (2022) Taula 8 12.15h - 13.30h Taula de periodistas: La manca d'especialització dels jutjats de família: discriminació al ciutadà? Una altra visió. En < <https://www.icab.cat/ca/formacio/cursos/II-Congres-de-la-Infancia-i-l39Adolescencia-2022-ON-LINE/>>[Accedido el 11 de mayo de 2022]

⁶⁰⁶Plataforma de infancia española. España examinada por el Comité de los Derechos del Niño (2018). Consideration of Spain 77th Session Committee on the Rights of the Child. <<https://www.plataformadeinfancia.org/espana-examinada-comite-los-derechos-del-nino/>>

⁶⁰⁷Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia número 548/2021 de 19 de julio de 2021; Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia número 413/2014 de 20 de octubre de 2014; y Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia número 578/2017 de 25 de octubre de 2017.

En otras palabras, la figura del abogado del menor aboga por una protección plena en el seno de un procedimiento judicial, de cualquier rama de las que se han acotado anteriormente siendo una forma de afrontar las carencias persistentes en la figura del Ministerio Fiscal en cuanto a la falta que se ha visto manifiesta y se ha ido exponiendo a lo largo del presente estudio.

Como ha quedado detallado, el Ministerio Fiscal, en tanto institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley, tiene encomendada la responsabilidad de intervenir en los procesos civiles que puedan afectar a personas menores. Sin embargo, la intervención en los mismos es deficiente si se quiere catalogar la misma como un derecho de defensa de los menores.

La figura del abogado del menor tiene preceptiva intervención representando los intereses personales e individuales legales ante cualquier procedimiento de derecho de familia, siendo el encargado de llevar a cabo la representación técnica del mismo. En el caso de la posición que ostenta el Ministerio fiscal en los mismos procedimientos, se limita, sencillamente, a supervisar y defender los intereses de aquellas personas en posición de debilidad en el procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo.

El Ministerio Fiscal queda en una parte superflua respecto a la salvaguarda del menor, porque no ahonda en los asuntos, no va a conocer al menor en ningún momento del proceso salvo la exploración, si cabe. En el caso de la asistencia letrada por parte del abogado del menor lo que se busca es sobre todo una figura que le represente y defienda en los tribunales, como un sujeto más, y que lo haga conforme a los deseos, preferencias e intereses del mismo. Para ello es necesario profundizar en conocer cuáles son, tarea ardua y casi imposible para el Ministerio Fiscal que no solo no está especializado en derecho de familia, sino que además no conoce ni a los progenitores, ni al menor, ni sus intereses, preferencias o deseos.

3.4.- La designación del abogado del menor.

Tal y como se ha mencionado, el abogado nombrado abogado del menor deberá reunir unos requisitos específicos para poder desempeñar su función. Se ha detallado la creación de un registro que garantizará tanto la colegiación del profesional como la especialización. Para ser capaz de acceder a formar parte del meritado registro de abogados del menor se requerirá de especialización en derecho de la infancia y la adolescencia, así como de psicología infantil.

La finalidad de la figura propuesta es especialmente que los profesionales que deban atender al menor o que formen parte de un procedimiento de derecho de familia, tengan conocimientos específicos de la materia y sepan asesorar de la forma más eficiente posible. Todo esto contribuye en la necesidad de especialización de los tribunales en derecho de familia y cumple con el examen realizado y las directrices encargadas por parte del Comité de los Derechos de Niño⁶⁰⁸ de Naciones Unidas en su revisión sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Según Vilella⁶⁰⁹, el derecho de familia es uno de los más subjetivos. Esta subjetividad puede que se entienda que surge de la discrecionalidad judicial entorno a la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados que conforman el derecho sustantivo en materia de familia. Esto nos lleva a entender el beneficio de que los operadores jurídicos tienen la posibilidad de personalizar a la medida de cada progenitor la solución que propongan los mismos al dejar la puerta abierta por parte del legislador, permitiendo la interpretación amplia abriendo la posibilidad a influencias derivadas del contexto social. La gran diversidad de asuntos que llegan al juzgado ostentan especial discrecionalidad en el derecho de familia debido a la confluencia de conceptos jurídicos indeterminados resultando ello una ventaja o todo lo contrario debido a que la discrecionalidad

⁶⁰⁸Convención sobre los derechos del niño: Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados en España (Nueva York: Naciones Unidas, 2018), *op. cit.*

⁶⁰⁹Vilella Llop M. P. "Capítulo II, Análisis de los problemas actuales del sistema de derecho de familia" en *Hacia un nuevo modelo de Derecho de Familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes*. (Madrid: Dykinson, 2021), 48-90.

como tal, resulta una potestad ambigua. La fina línea en la que nos situamos es difusa, ya que la figura del juez resta influenciada por factores externos, como el contexto social. Ello fundamenta sus resoluciones de forma que la solución extraída de las mismas no es baladí, se hace ajustándose a los parámetros que dentro de su margen de movimiento considera son los más ajustados a la legalidad y sobre todo se encuentran justificados para no causar perjuicio de indefensión a ninguna de las partes.

De tal modo que es primordial la especialización en los abogados que se conformaran como abogados del menor porque el desarrollo de la profesión en este sector requerirá de unos conocimientos para comunicarse con el menor y con su entorno con el fin de identificar los deseos e intereses del mismo cuyo propósito es poder estructurar y organizar una defensa del menor acorde a esos mismos parámetros que se han tenido que investigar.

Se requiere de acreditación especial en derecho de los menores, asistiendo a cursos especializados habida cuenta de que se trata un asunto y defensa sumamente delicados que requieren de aptitudes específicas y concretas en este ámbito para desarrollar la profesión para entrar a lo que se denominará el registro de profesionales de abogados del menor.

Las funciones que se atribuyen al desempeño de los abogados dentro de este sector del derecho de familia se engloban sustancialmente en ejercer la defensa técnica de los derechos del menor que le son reconocidos por ley. El menor ostenta unos derechos reconocidos y atribuidos por distintas leyes⁶¹⁰, derechos

⁶¹⁰Los derechos del menor más relevantes los encontramos desarrollados de forma extensa en la presente Tesis, en los siguientes apartados: En el capítulo primero, punto segundo, epígrafe segundo, queda fijado el interés superior del menor, en el capítulo tercero, punto segundo, epígrafe primero, se expone el derecho a ser oído, y en el mismo en subepígrafes más adelante queda recogido el derecho de defensa y el derecho a la intimidad del menor, de forma contrapuesta, además de dos derechos relacionados y trascendentes como son el derecho a participar y a ser informado del proceso judicial, así como del derecho al debido proceso.

que se encuentran desarrollados a nivel nacional⁶¹¹ e internacional⁶¹². Estos son los que el abogado del menor en cada caso deberá defender⁶¹³, siendo el encargado de cerciorarse que en ningún momento se vulneran los mismos.

Para el caso de verse vulnerados alguno de los derechos del menor, el abogado es el responsable de interponer los recursos, o los mecanismos, que el mismo ordenamiento jurídico prevé para denunciarlo y supervisar el caso. Todo esto para que, de esta forma, cese dicha situación y se pueda sustanciar un procedimiento justo y amparando el derecho de todos los sujetos que forman parte del mismo.

El abogado del menor deberá asistir a al menor de forma independiente de cualquier otro interés que le afecte. Es decir, elementalmente el abogado deberá defender los derechos del menor independientemente de que haya algún otro interés involucrado en el procedimiento. Por encima de los supuestos intereses que podrían afectar al niño, ya sea porque son intereses de alguno de los progenitores o porque el menor considera que eso es lo que busca, el abogado del menor deberá defender los derechos que tiene reconocidos por ley el niño, niña y adolescente.

⁶¹¹Las leyes más destacables en las que encontramos el desarrollo a nivel nacional de los derechos del menor son las siguientes: la Constitución Española, LO 1/1996, de protección jurídica del menor, la Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, el Código Civil, y la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)

⁶¹²Las leyes internacionales más destacables en las que se mencionan los derechos fundamentales del menor son; La Convención de los Derechos del Niño, Observación General nº 14, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial, la Carta Europea de los Derechos del Niño, Declaración Universal de los Derechos del Niño, Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades, el Convenio número 9 de la Haya, sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias, el Convenio número 10 de la Haya, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, Convenio número 24 de la Haya, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, European Convention on the legal Status of Children Born out of Wedlock, la mayoría se encuentran en el capítulo primero punto tercero desarrolladas.

⁶¹³*Ut supra*. Ver: Epígrafe 3.1 *Materias en que se designa abogado del menor* y 3.4 *La designación del abogado del menor*, de la presente Tesis.

Además, será también encargado el abogado del menor de intervenir en cualquier mediación o conciliación en la que participen los progenitores, o si fuera el caso que se solicitare, se sustanciará entre un progenitor o ambos y con el menor. El abogado del menor deberá intervenir y asimismo asesorar en cualquier procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos.

Tanto la mediación como la conciliación familiar son formas de resolver los conflictos que se producen en el seno familiar y que, en vez de judicializarlos, se sigue este proceso por vías alternativas a la judicial. Se van implantando de forma progresiva estos procesos y específicamente existe una directiva europea de 21 de mayo de 2008 (Directiva 2008/52/CE) que trata de impulsar estas alternativas en las legislaciones estatales de los países miembros⁶¹⁴. El modelo de mediación familiar por el que ha optado el legislador español se basa en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, y este procedimiento de mediación o conciliación puede que se esté sustanciando en cualquier momento del proceso, tanto previamente al proceso judicial como mientras se está desarrollando y que finalmente las partes lleguen a un acuerdo⁶¹⁵.

Sea como fuere que se tramite el proceso de mediación o conciliación, deberá estar presente el abogado del menor, asesorando al mismo. Del mismo modo será el encargado de mantener informado al niño, niña o adolescente de todo lo que va sucediendo en el procedimiento. Deberá explicarle al menor todo cuanto suceda para que sepa en qué fase del proceso se encuentra, además de instruirlo sobre los mecanismos de los que disponga en cada momento para hacer valer sus derechos y conseguir hacer efectiva la defensa de estos.

Finalmente, también se le atribuirá al abogado del menor llevar a cabo todo el volumen de tarea profesional que resultase necesaria para salvaguardar el

⁶¹⁴Nieto Morales C, Torres Reviriego M. R., Zamora Segovia, M. L., Hernando Ramos S. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*. (Madrid: Dykinson, 2016), 173-175.

⁶¹⁵S. Roman. "Breve análisis sobre la implantación de la mediación familiar en el sistema judicial español", *Revista de derecho Vlex*, núm. 135 (2015), 1-20.

interés superior del mismo. Es decir, será el defensor del niño, niña y adolescente, con todo lo que ello implica, que de forma sucinta se interpreta con las funciones que se han mencionado.

La esencia de esta asistencia letrada es la asistencia técnica en la defensa de los derechos individuales del menor, que se llevará a cabo teniendo en cuenta siempre al menor, su madurez y la edad que tenga.

3.5.- Implementación legislativa de la figura en el ordenamiento jurídico español.

La evaluación de la implementación legislativa conlleva un enfoque secuencial⁶¹⁶ en el que la primera función es la de identificación del problema, que en este caso se podría englobar en todo el seguido de carencias que se están generando alrededor de la protección del menor en los procesos de familia. Y en especial, en cuanto a las generadas en la práctica del Ministerio Fiscal en estos procedimientos.

La formulación y adopción de una alternativa en relación con la normativa vigente, es la fase que se ha llevado a cabo mediante la comparativa de Argentina y España, con la alternativa de adaptar la figura del abogado del niño, niña y adolescente al ordenamiento jurídico español. De este modo, se estaría dando paso a la creación de una figura nueva en nuestro sistema judicial pero inspirada en la institución preexistente a nivel internacional.

La implementación de esta nueva institución se debería llevar a cabo mediante una ley ordinaria que podría asimilarse al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, pero en este caso sería del Abogado del menor.

⁶¹⁶Enfoque sugerido por Harold Lasswell (1902-1978) politólogo y sociólogo estadounidense, reconocido en los ámbitos de la academia y la asesoría gubernamental por su contribución a la estructuración de la disciplina de las políticas públicas.

Al establecer la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, como punto de referencia, la estructura a la hora de regular debería incluir modificaciones, supresiones, adaptaciones e incorporaciones de puntos y de distribución de los mismos.

La ley empezaría desarrollando la misión y la relevancia de lo que supone esta nueva figura en el conjunto de todo el ordenamiento jurídico, fijar las funciones que se le atribuyen y los principios con los que debe regirse, las condiciones requeridas a los profesionales que quieran formar parte, la posible pérdida de la condición de abogado del menor, los deberes y derechos que se les atribuyen, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades.

Respecto a los aspectos materiales sobre los que la ley debe tratar, son los ya mencionados⁶¹⁷. Deberá legislarse en materia procesal, modificar la existente para encajar en la misma la nueva institución, y seguidamente, dentro de la ley especial para esta figura, destinar un capítulo a la creación de una normativa procedimental con la intención de que haya un procedimiento a seguir por parte de los profesionales en los distintos casos que surjan y se vayan planteando.

Esta labor legislativa puede parecer en primera instancia, novedosa, general y precoz, debiendo realizarse una normativa inicial a seguir, que se irá mejorando e implementando a través de la práctica real y de los aspectos con que se vayan encontrando los profesionales para poder mejorar y conseguir la implementación práctica y efectiva dentro del ordenamiento jurídico español.

Resulta importante hacer mención a la coexistencia del abogado del menor y el Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de haber destacado con anterioridad las ventajas que aporta esta figura del abogado del menor respecto del Ministerio Fiscal, ya que en muchos aspectos ya expuestos se han podido apreciar carencias significativas, se podría pensar que no son figuras compatibles ya que una frente la otra quedaría obsoleta, pero tras el presente estudio se llega a entender que pueden coexistir, porque la presencia y el funcionamiento de ambas no genera una incompatibilidad. Las dos figuras nacen

⁶¹⁷ *Ut supra*. Ver sección: *Materias en que se designa abogado del menor*.

y tienen por objeto el mismo fin, proteger a los menores. Como ya se ha expuesto, tanto el Ministerio Fiscal como el abogado del menor buscan esa protección y esa salvaguarda de derechos. La razón de la existencia de la propuesta del abogado del menor va encamada a reparar las carencias del sistema actual, la figura del Ministerio Fiscal como defensora del menor.

Por lo anterior, no sería incompatible la existencia de las dos figuras, pero sí que podría resultar poco necesaria la persistencia de la institución del Ministerio Fiscal habiendo propuesto lo que consideramos una versión mejorada que abarca una protección más amplia, más concreta, más especializada y con una representación legal técnica real hacia el menor. No sería el caso porque, aunque en ciertos procedimientos sería menos trascendental su presencia, en los casos en que los mayores de edad dependientes económicamente quisiesen renunciar a la asistencia letrada, si el Ministerio Fiscal dejara de estar presente, no tendríamos ningún mecanismo para garantizar la preservación y salvaguarda de sus derechos.

En aras de clarificar la importancia de la concurrencia de los dos mecanismos, el Ministerio Fiscal debe estar presente en el proceso porque responde a la función y mecanismo de control de la legalidad, salvaguardando el interés superior del menor con el fin de que no se vulneran sus derechos. Esta función es la que debería ostentar en todos los procedimientos. Máxime en aquellos en los que el mayor de edad dependiente económicamente decida renunciar a la asistencia letrada, la figura del Ministerio Fiscal cobraría aún más importancia porque será el único representante en el proceso que podrá defender sus derechos, por lo tanto, en el caso que ello suceda será el encargado de protegerle ejerciendo los mecanismos que lleva a cabo en la actualidad.

Cambiando el enfoque y haciendo énfasis a la implementación legislativa que tendría en nuestro ordenamiento jurídico la figura del abogado del menor, resulta importante establecer las formas de designación.

Se debería poder contar con la pertinente información por parte de la autoridad pública hacia el menor del derecho a estar representado por un letrado, a través

de un vocabulario adecuado y entendible a su edad concreta y grado de madurez. En el caso de un menor de edad se trataría de una mera comunicación del derecho que ostenta, ya que hablaríamos de una representación letrada preceptiva y, para el caso que el menor fuera mayor de edad dependiente económicamente, la comunicación por parte de las autoridades públicas sería de carácter informativo para comunicarle el derecho que ostenta y que puede ejercer.

Una vez hecha esta primera toma de contacto, se debe designar un abogado del menor del registro o lista de abogados especializado, estos se escogerán por orden, tal y como funciona el sistema⁶¹⁸ de asistencia jurídica gratuita⁶¹⁹ de abogado y procurador en España⁶²⁰.

Sin perjuicio de ello, se permitirá que el menor escoja un abogado de su confianza dentro de los abogados especializados, es decir, siempre que sea un abogado que se encuentre dentro del registro de aquellos que hayan acreditado los requisitos necesarios que deberán ser fijados por ley.

Se debe exigir de forma clara que el menor legalmente representado por el abogado debe estar informado pudiendo establecer vías para acreditar el cumplimiento de esta obligación fundamental. Estas situaciones de información deberán darse en todos los casos, pero solo deberán ser acreditadas en los asuntos en que el menor tenga suficiente madurez para ello. Esto será así

⁶¹⁸España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado, de 12 de enero de 1996, núm. 11.

⁶¹⁹La asistencia jurídica gratuita consiste en poner a disposición de las personas que tengan que enfrentarse a un proceso judicial y que carezcan de recursos suficientes para hacer frente a los gastos que conlleva el mismo. Esto se sustancia mediante el artículo 119 de derecho de asistencia jurídica gratuita establecido en la Constitución Española, y la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita. A quienes se les reconozca este derecho podrán contar con abogado y procurador, cuyos honorarios pagará la Administración, y tampoco deberán pagar ningún gasto restante que pueda producirse el proceso judicial. La ley de asistencia jurídica gratuita es la que regula los requisitos básicos para solicitar beneficiarse de ello.

⁶²⁰La Ley Guíasjuridicas.wolterskluwer.es. 2022. *Asistencia jurídica gratuita*. [en línea] Disponible en: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUNDM2MztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAzl2L9TUAAAA=WKE>

porque en esos casos, el tratamiento de la defensa de un menor con madurez suficiente será distinto al de un menor que no tenga madurez suficiente. En el sentido de la salvaguarda de derechos, pero sí en la comunicación con un menor que tiene madurez suficiente y que puede entender y comprender todo aquello que se le dice sin tener que recurrir como fuente directa a los progenitores para conocer los intereses y los deseos del mismo. Diferente es en cuanto a un menor que no tiene madurez suficiente debido a su corta edad siendo que no necesitará acreditación el cumplimiento del derecho de información al menor, pero eso no excluye que se deberá llevar a cabo de igual forma.

Se deberá también dar el consentimiento informado a los menores, entendido como aquel derecho que tendrán estos para aceptar o no la representación y asistencia letrada de un profesional cualificado.

Resulta necesario hacer referencia a los honorarios profesionales que deberán contemplarse para este sector profesional del ejercicio del abogado del menor. Todas las costas y honorarios que genere la actuación del profesional deberán estar a cargo del Estado, siguiendo el mismo mecanismo que la justicia gratuita, siendo este quien asumir la representación letrada de estos menores.

Todo menor de edad podrá gozar de esta garantía mínima en cualquier procedimiento de derecho de familia de protección y representación mediante un abogado especializado en el asunto y esto provocará que no se puedan vulnerar los derechos del menor en los procedimientos y exista un profesional que salvaguarde sus intereses y deseos conociendo cada caso en concreto y atendiendo a las necesidades específicas de cada menor.

CONCLUSIONES

Tras profundizar en los mecanismos de protección jurídica del menor en el ámbito del derecho nacional e internacional, se centra el objeto de la presente Tesis en la defensa del interés superior del menor en los procesos judiciales de familia. Con el fin de analizar la posible viabilidad de introducir la figura del abogado del menor en la práctica de los tribunales españoles, se establece la comparativa entre la legislación española y la argentina tomando de base este último ordenamiento.

El análisis jurídico realizado se lleva a cabo desde la perspectiva del derecho estatal y con particular consideración a la influencia normativa en el ámbito europeo. Se han analizado y distribuido los mecanismos de salvaguarda del derecho internacional, de la Unión Europea y español en el Primer Capítulo y la explicación y ahondamiento en la regulación de la protección e intervención del menor. Asimismo, en el Segundo Capítulo, se ha realizado la comparativa entre las legislaciones española y argentina detallando los conceptos de los distintos derechos que rodean la figura del menor en este último país. En el Tercer Capítulo se recoge la propuesta de incorporación legislativa a nuestro ordenamiento tomando de base la legislación argentina. De todo ello, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera. La protección del menor a nivel legislativo, internacional y, en el ámbito europeo, resulta abundante y concreta, con el fin principal de salvaguardar el interés superior del menor. Existe numerosa recopilación de convenios, reglamentos, convenciones y observaciones, encarados específicamente a proteger los intereses del menor, con la importancia especial que se le debe otorgar a la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser la primera ley internacional en la que se recogen los derechos de los niños y niñas. Dicha convención ha sentado las bases y la normativa de derecho internacional privado, así como para otras normas internacionales. En el ámbito nacional, el alcance normativo de la protección del menor es también amplio y suficiente, y se ha nutrido de directrices europeas y de derechos protegidos anteriormente por la legislación internacional, en aras a plasmar la amplia red normativa

existente en cuanto a la protección de los menores. Sin embargo, a nivel práctico, no es suficiente la protección legislativa, puesto que existe un vasto y extenso sector jurisprudencial que señala cómo proceder en esos supuestos en que la ley solo ha dispuesto generalidades y, al ahondar en el caso concreto, falta previsión e incluso ayuda para cubrir los aspectos no previstos por la ley. La existencia de jurisprudencia es fundamental al entender que el derecho de familia va ligado a la sociedad, que es fluctuante y está en constante evolución y, por lo tanto, muchas veces la legislación sufre importantes carencias al no haber previsto ciertos escenarios.

Segunda. La aplicación de la protección del menor en España se ha hecho mediante leyes como el Código Civil, en el que se recoge el interés superior del menor como criterio rector a lo largo de su redacción. En la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor queda atribuida esta calificación de superioridad al principio en cuestión. Precisamente esta última ley es la más destacable en aras a la implementación de la protección al menor. En el mismo sentido, reviste de singular importancia destacar la figura del Ministerio Fiscal, a la cual la ley le atribuye la función de intervenir en los procesos civiles que afecten a los menores, proviniéndoles de mecanismos de representación. Pero ante esta protección legislativa que posee el menor, se han ido descubriendo carencias en el ordenamiento jurídico que conllevan a una deficiente salvaguarda de los derechos que se había establecido se deben proteger. En las controversias que se suscitan en los procesos judiciales de familia, se ha visto, por un lado, que el Ministerio Fiscal no tiene una especialización suficiente en la materia siendo que, a veces, un mismo caso es llevado por distintos profesionales, por separado, en las diferentes etapas del procedimiento. Lo anterior conlleva que, en muchas ocasiones, no pueda asegurarse que la función se lleve con la máxima diligencia, al no poder abarcar la complejidad que acarrea el asunto. Es también cuestionable que, con la figura del Ministerio Fiscal, se dé por cubierta la representación ordinaria que establece la ley en estos casos, viendo significativamente que el menor carece de dicha representación en la sustanciación del procedimiento. No existe una relación directa establecida para que el menor pueda transmitir sus preferencias e intenciones al Ministerio Fiscal pudiendo así hacer valer sus derechos. A mayor abundamiento, la posibilidad

que se les concede para la asistencia a las vistas es la de excusarse, potestad que se utiliza de forma frecuente en los tribunales de nuestro país y que es extremadamente negativa con respecto al seguimiento del caso y a la supuesta función de la protección del menor.

Tercera. En base a estas consideraciones, la técnica que se ha utilizado para llegar a una solución a todas las carencias que posee el ordenamiento jurídico español, es la comparación con otro sistema judicial, el argentino. El ordenamiento jurídico argentino no es muy dispar al nuestro habida cuenta de que el ámbito de protección de las leyes del menor abarca el mismo objeto de protección que en España, ya que ambos países parten de la Convención de los Derechos del Niño, estableciendo derechos y principios inspiradores similares y, además, poseyendo ambos países la institución del Ministerio Fiscal o Ministerio Público, como representante de los menores actuando para la mejor defensa de sus derechos. Del mismo modo, el Consejo de Europa a través de sus instrumentos jurídicos y recomendaciones en relación con las garantías adicionales que otorga a los menores son también muy próximos. Mientras que Argentina también cumple con estas garantías en base a la Convención Interamericana sobre derechos humanos. Tras la investigación del marco jurídico argentino y el detallado análisis de la institución del abogado del niño, niña y adolescente, se concluye que se trata de una figura que no encuentra su análoga en España y de que, además, engloba una serie de mecanismos que podrían ser susceptibles de encuadrarse en este país. En este sentido, se ha visto que el desarrollo teórico y la puesta en práctica ha llevado, juntamente con una progresión temporal necesaria, a una mayor efectividad en la salvaguarda y protección de los derechos y garantías del menor. Todo ello porque se ha conseguido crear una ley con las bases necesarias para que haya un registro del profesional cualificado para ejercer, ya que sin una especialización concreta no se puede acceder a dicha profesión. Del mismo modo, se establecen unos parámetros respecto a la información que debe recibir el menor y cómo estos obtendrán su representación legal en los juzgados y cómo se llevarán a cabo las reuniones entre el abogado y el menor para crear el vínculo necesario para su correcta defensa. El hecho de que esta figura coexista con otras enfocadas al mismo fin y que todas ellas tengan cabida en el sistema de justicia argentino, es

otro de los motivos que lleva a analizar, la viabilidad de incorporar la figura del abogado del menor al ordenamiento jurídico español existente. Tras el estudio de la legislación argentina en la materia que nos ocupa, se concluye que la labor normativa llevada a cabo por el legislador argentino en materia de protección de niños, niñas y adolescentes a través de la Ley 26.061 y el Código Civil Comercial de la Nación de Argentina, ha tenido la eficacia esperada con el objetivo de la salvaguarda de los derechos de los menores.

Cuarta. Se considera que, tras el análisis del sistema legal argentino, una solución a las deficiencias encontradas en el ordenamiento jurídico español reside en la creación e implementación de una institución basada en la figura del abogado del niño, niña y adolescente. En este sentido, se considera la viabilidad de desarrollar a nivel estatal lo que nombramos abogado del menor. Asimismo, por el carácter de especial protección atribuido a los menores, es fundamental el planteamiento hecho con el propósito de la regulación normativa de esta nueva figura para que se pueda ajustar estrictamente a las exigencias requeridas y así poder preservar el interés superior del menor y proteger la generalidad de todos sus derechos. Entendiendo por ello indispensable su futura existencia debido a la delicada controversia en los procedimientos de familia, que resulta de un conflicto de intereses entre los progenitores y en el que los menores pueden resultar directamente perjudicados: controversias en el ejercicio de la potestad parental, guarda y custodia, pensión de alimentos, sustracción internacional y acciones de filiación. Se concluye que la figura del abogado del menor puede implantarse mediante el desarrollo legislativo de una ley ordinaria, asemejándose esta al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, atribuyéndole unas materias en las que debería intervenir, cómo se debería designar y los requisitos para hacerlo, la forma en la que se haría, cómo se llevaría a cabo el desarrollo de la relación y convivencia entre ambos y por lo tanto, generar una ley para poder poner en funcionamiento y solucionar los déficits y ausencias que hasta el momento ha ido suscitando el Ministerio Fiscal.

Quinta. Se tiene que reconocer que la coexistencia jurídica de ambas instituciones, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Menor, requerirá de una labor legislativa e importante puesta en práctica, pero, aunque ambas comparten un

mismo fin, proteger al menor, la presencia y el funcionamiento conjunto no genera una incompatibilidad. Puede parecer poco necesaria la presencia del Ministerio Fiscal al encontrar una figura con una mayor protección, pero lejos de eso, habrá casos en los que su presencia será fundamental en todos los procesos en los que se protegen a las personas.

En conclusión, cabe destacar que a lo largo de los últimos tiempos han ido apareciendo carencias en distintos aspectos de la protección del menor, sobre todo en las prerrogativas y potestades que posee el Ministerio Fiscal, entendiendo que muchas veces conllevan perjuicios para los menores involucrados en procedimientos de derecho civil de familia. Este hecho preocupa a un gran sector de los profesionales dedicados a la materia que ven cómo la institución creada para llevar a cabo la salvaguarda de los menores en esos casos no funciona como debería y eso perjudica a la parte que queda más desprotegida y desamparada en este tipo de procedimientos, el menor, requiriéndose de una implementación normativa de una nueva figura para solucionar esas carencias.

BIBLIOGRAFIA

A) MANUALES GENERALES Y MONOGRAFÍAS DE REFERENCIA

- Abad Tejerina P. “La muerte del niño enfermo de sida” en *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*, ed. Abel Lluch X. y Fariña Rivera F. Santiago de Compostela: Andavira Editorial, 2020.
- Abel Lluch X. “Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial” en *Peritaje y prueba pericial*, editado por Picó i Junoy J. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2017.
- Abel Lluch X. (2018) El dictamen de especialista en los procesos de familia En: *Problemática actual de los procesos de familia, especial atención a la prueba*. Ed por: Picó i Junoy J., Abel Lluch X., y Miranda Vázquez C., Barcelona J.M. Bosch Editor.
- Abel Lluch X. “La audiencia del menor de edad en los procesos de familia” en *Problemática actual de los procesos de familia, especial atención a la prueba*, editado por Picó i Junoy J., Abel Lluch X., y Miranda Vázquez C. Barcelona: J.M. Bosch, 2018.
- Abel Lluch X., “El dictamen de especialistas” en *La prueba en los procesos de familia*, editado por Abel Lluch X. (Madrid: Wolters Kluwer España, 2019).
- Abel Lluch X. (2019) La prueba en los procesos de familia. Madrid. Wolters Kluwer España, S.A.
- Adan Domènech, F. “Anticipación de la prueba en el proceso civil”, en *Práctico Procesal Civil Vlex*. Barcelona: Ed. Vlex, 2022.
- Adan Domènech, F. “Capacidad para ser parte en un proceso civil”, en *Proceso Civil Vlex*. Barcelona: Ed. Vlex, 2022.
- Adan Domènech, F. “Capacidad para comparecer en juicio civil”, en *Proceso Civil Vlex*. Barcelona: Ed. Vlex, 2022.
- Adan Domènech, F. “Legitimación en el proceso civil”, en *Práctico Proceso Civil Vlex*. Barcelona: Ed. Vlex, 2022.

- Adan Domènech, F. “Intervención procesal en un proceso civil”, en *Práctico Proceso Civil Vlex*. Barcelona: Ed. Vlex, 2022.
- Aguilar Cuenca J.M. “El síndrome de alienación parental (S.A.P.): interferencias en las relaciones filiales” en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia* Madrid, Dykinson, 2008.
- Alesi, M. “Principios rectores del debido proceso”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial*, editado por Fernández Silva. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.
- Alonso Mosqueira M. (2020) La necesidad de priorizar el interés del niño al de los progenitores. En: *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*. Ed. por Abel Lluch X. y Fariña Rivera F. Santiago de Compostela: Andavira Editorial, S.L. Plataforma familia & Derecho.
- Álvarez Vélez M. I., Bartolomé Tutor A., Campoy Cervera I., Cillero Bruñol M., Claro Quintáns I., Reyes Corripio Gil-Delgado M., Couto Gálvez R.M., Díez Riaza S., Gisbert Pomata M., Gómez Bengochea B et al.. *Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Navarra. Aranzadi Thomson Reuters, 2016. Ariès, P. y García Guadilla, N. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus, 1988.
- Ayllón Santiago H. “Principios aplicables a los menores derivados de ley orgánica de protección jurídica de menores 8/2015 de 22 de julio”, en *La reforma del derecho de la persona y la familia. Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, editado por O’Callaghan Muñoz X. y Fernández González B. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2017.
- Bainham A., *Children: The Modern Law*. Bristol: Family Law, 1998.
- Berrocal Lanzarot, A. “La audiencia del menor en los procesos judiciales” *Revista La Ley Derecho de Familia* núm. 7 (2015).
- Bernalte Benazet J. “La alienación parental (SAP/AP). Aspectos de la evolución científica y social y visión jurisprudencial” en *Estudio*

- multidisciplinar sobre interferencias parentales*. Editado por Antón Moreno M.P. y Pérez Vallejo A.M. Madrid: Dykinson, 2019.
- Borràs, A. “La conferencia de la haya de derecho internacional privado: Pasado, presente y futuro”, *Revista Española de Derecho Internacional* 71, núm. 2 (2019).
 - Budano Roig, A.R., “*La Ley Nº 17.711 Y La Vigencia De Los Principios*” *Prudentia Iuris*, Nº 86.
 - Calderón Muñoz J., Uralde Gorgojo M. D. “El Alcance del informe psicosocial en los procedimientos de separación, divorcio y ruptura de parejas de hecho” en *Análisis y valoración de la prueba pericial Social, Educativa, Psicológica y Médica. El perito Judicial*. Editado por Concepción Nieto Morales. Madrid: Dykinson, 2020.
 - Casadevall, J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
 - Casadevall Medrano J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Barcelona: Bosch Internacional, 2007.
 - Caso Señal M. “El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la ley orgánica 8/2015 y de la ley 15/2015 de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria” en *El futur del dret de família*, editado por Quintano Ruiz R. Barcelona: Societat Catalana d’Advocats de Família, 2016.
 - Comentario practico (enero 2022). Proceso Civil: Los procesos matrimoniales y de menores. Documento 2012/326, Aranzadi.
 - Denza, E. “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas”, United Nations Audiovisual Library of International Law: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_s.pdf
 - DG de Justicia y Consumidores, *Evaluation of legislation, policy and practice on child participation in the EU*. Bruselas: Comisión Europea, 2015.

- Díaz Alabart, S. “Responsabilidad de los centros docentes públicos y de su profesorado por los hechos dañosos”, *Cuestiones sobre responsabilidad civil* núm. 52 (2001).
 - Feldman G. *Los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
 - Femenía López P.J. “El principio de <<interés superior del menor>>”, en *La determinación de la filiación <<en interés del menor>>*. Madrid: Dykinson, 2019.
 - Fernández Le Gal, A. *La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos*. Madrid: LexSocial, 2014.
 - Figueruelo, A. (2017) La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea”. *Ratio Juris*, Vol 1, Iss 3.
 - García González J.A. “Dret procesal”, en *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*. Ed. Trigás Rodríguez J.J. Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2019.
 - García Roca J. y Santolaya P. *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
 - Garibo Peyro A. P. *Los Derechos de los Niños*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, 2004.
 - Goñi Rodríguez de Almeida, M. *Manuales Universitarios. Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica*. Navarra: Aranzadi, 2020.
 - Guibert Ovejero-Becerra S. “Principios rectores del Ministerio Fiscal” en *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.
- Gutiérrez Barrenengoa A., Larena Beldarrain J., Monje Balmaseda O., Blanco López J. “Las partes procesales (I) Concepto. Capacidad” en *El*

- proceso civil*. ed. Gutiérrez Barrenengoa A., Larena Beldarrain J., Monje Balmaseda O., Blanco López J. Madrid: Dykinson, 2008.
- Herrera, M., Picasso, S., Caramelo, G. *Código Civil y Comercial De la Nación Comentado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.
 - Herrera, M. “Principales Cambios en las Relaciones de Familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argetina. Disponible: <http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>
 - Herrera, M. *Resumen del proyecto de investigación para estudiantes de Maestría (PIM), El derecho a la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de familia: la figura del ‘abogado del niño*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015. Disponible: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_pim_negro.php
 - Jiménez Blanco, P. “Derechos del niño y situaciones transfronterizas (la Convención sobre los Derechos del Niño en tres décadas de Derecho Internacional Privado)”, en 30 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar, ed. B. Vázquez Rodríguez. Madrid: Dykinson, 2020.
 - Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., Fernández, S. “El Principio de Autonomía Progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas Para su Aplicación” Ministerio de Justifica y Derechos Humanos de Argentina (2015).
 - Lamberti, V., en entrevista personal realizada el día 23/10/2020.
 - Lasagabaster Herrarte, I. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Navarra: Thomson Reuters, 2015.
 - Lasarte Álvarez, C., Tejedor Muñoz, L. y Pous de la Flor, M. P. *Legislación estatal y autonómica sobre la protección del menor*. Madrid: UNED, 2003.

- (2003). *Legislación estatal y autonómica sobre la protección del menor*. UNED.
- Leonardi, C. “El Derecho De Los/as Niños/as A Contar con Un Abogado/a A Propósito de la Ley Provincial 14.568”, *Boletín digital “Errenews”* (2014).
- Lloveras, N. “Capítulo I, El Derecho Constitucional de las Familias”, en *Manual De Derecho De Las Familias*. Córdoba Capital: Editorial Mediterránea, 2016.
- López Castillo, A. (2019) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- López López, A. M. *El Ministerio Fiscal español; principios orgánicos y funcionales*. Madrid: COLEX, 2001.
- López Sánchez, C. *La responsabilidad civil del menor*. Madrid: Dykinson, 2001.
- Mangas Martín A. “La Constitución y el Derecho comunitario”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.
- Marchena Gómez, M. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Mardomingo M.J., “Los males que vienen”, en *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*. ed. Abel Lluch X. y Fariña Rivera F. Santiago de Compostela: Andavira Editorial, 2020.
- Marín López P. Resistencias a la aplicación de la ley integral. El supuesto SAP y su proyección en las resoluciones judiciales. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. “Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de menores.
- Martín Rodríguez, M. “Los ámbitos normativos de protección del menor”, en *Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia*. Madrid: El Derecho, 2005.

- Martínez Dalmau, R. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Universitat de València, 1999.
- Martínez Sospedra M. “Interés preferente del niño. Un estudio de jurisprudencia constitucional” en *El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, comparada y española*, editado por S. Sanz Caballero. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.
- Moya Medina, S. (2006) Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000. El Derecho Editores. Base de Datos de Bibliografía El Derecho.
- Nieto Morales C, Torres Reviriego M. R., Zamora Segovia, M. L., Hernando Ramos S. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*. Madrid: Dykinson, 2016.
- Núñez Zorrilla M.^a. C. “La nueva configuración del interés superior del menor en las reformas llevadas a cabo por la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con especial referencia a las reformas operadas en este ámbito en el ordenamiento catalán”, en *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, editado por Solé Resina J. Madrid: Dykinson, 2018.
- Parra Lucán M. “El principio del interés del menor en la jurisprudencia”, en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, editado por Picó y Junoy J, Abel Lluch X, Miranda Vázquez C. Barcelona: José María Bosch Editor, 2018.
- Pérez Sibón, M. C. (2018) La aplicación del Derecho de la Unión Europea por el juez español. Una aproximación multidisciplinar. Tema 3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el juez español. La petición de decisión prejudicial. Número 3.

- Posada Fernández, M. “El derecho a la audiencia del menor en los procedimientos que le afecten”, en *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, ed. Solé Resina J. Madrid: Dykinson, 2016.
- Queirolo I., Patti S., Esplugues Mota C., Musseva B. y Rone D. (2021) Children’s right to information in EU civil actions. Improving children’s right to information in cross-border civil cases. Pisa, Pacini Editore SRL.
- Queralt Jiménez, A. *El Tribunal de Estrasburgo: Una Jurisdicción Internacional para la Protección de los Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Ravetllat Ballesté, I. “Interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Infancia, Derechos y Educación* (Murcia: Educatio Siglo XXI, vol. 30, núm. 2, 2012).
- Rico Pérez, F. *La Protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1980.
- Rodríguez Díaz B. “La relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno”, en *Apuntes de Derecho Internacional Público*. Madrid: Dykinson, 2016.
- Romualdo Hernández Díaz-Ambrona L. (2020) La importancia de la autonomía jurídica del niño. En: *Lo que he aprendido de las Niñas y los Niños*. Ed. por Abel Lluch X. y Fariña Rivera F. Santiago de Compostela: Andavira Editorial, S.L. Plataforma familia & Derecho.
- Ruiz Jiménez J. *Protección Jurídica del Menor*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.
- Sánchez Legido, A. *La Reforma para el Mecanismo de Protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Colex, 1995.
- Segovia, Z. y Luisa, M. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*. Madrid: Dykinson, 2016.

- Selene Chaves Luna, L. *El abogado del niño, teoría y práctica en la reciente legislación y en el nuevo código civil y comercial*. Buenos Aires: Tribunales Edición, 2015.
- Smith, T. y Browless, L. *Las prácticas de evaluación de la edad: Una revisión de la literatura y bibliografía comentada*. Nueva York: UNICEF, 2011.
- Solari, N. *Derechos de Familias*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Taboada García, A. “Posibles solapamientos entre el Ministerio Fiscal y la abogacía del estado”, en *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, editado por Bueno Ochoa, L. Madrid: Dykinson, 2010.
- Tettinger, Peter J. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. HeinOnline.
- Toro Peña, J. A. “Tutela Judicial Efectiva”, en *Horizontes de cambio en el derecho. Principios del derecho IV.*, ed. Fuertes-Planas Aleix C. y Sánchez de la Torre A. Madrid: Dykinson, 2017.
- Trujillo Mata, M. *El interés del menor en los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión Europea*. Madrid: El Derecho, 2011.
- Trujillo Mata, M. *Evolución histórica del Derecho de menores*. Madrid: Lefebvre, 2011.
- Valpuesta Contreras D. “La prueba pericial en el procedimiento civil del derecho de familia y de protección de menores”, en *Análisis y valoración de la prueba pericial Social, Educativa, Psicológica y Médica. El perito Judicial*, editado por Concepción Nieto Morales. Madrid: Dykinson, 2016.
- Vargas Cabrera, B. *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor*. A Coruña: Jornadas de Derecho Civil, 1997.
- Vilella Llop M. P. “Capítulo II, Análisis de los problemas actuales del sistema de derecho de familia” en *Hacia un nuevo modelo de Derecho de Familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes*. Madrid: Dykinson, 2021.

- Villagrasa Alcaide C. “Nuevos retos legislativos en los derechos de la infancia y de la adolescencia”, en *Derecho persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, editado por B. Periñán Gómez. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Escudero Lucas J. L. “La protección del menor por la Entidad Pública”, *Revista General de Derecho* 637 (1997).
- García de Enterría, E. “Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1 (1993).
- García Méndez, “El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a a propósito de la ley provincial 14.568”, *Revista Niños, Menores e Infancias* núm 9 (2014):http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/44811/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado en fecha 3 de enero de 2021).
- García-Trevijano Garnica. (1993) Sobre la incorporación del derecho comunitario en el derecho interno: una visión práctica, *Revista de instituciones europeas*, vol. 20, núm. 1, 195- 226.
- Hierro, L. “¿Tienen los Niños Derechos?, comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación* núm. 294 (1991).
- Iglesia Monje, M. “El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 759 (2017).
- Kemelmajer de Carlucci, A. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista Jurídica La Ley* (2014). Disponible: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf> (consultado en fecha 20 de mayo de 2022).
- Magro Servet V. “Responsabilidad civil de los padres respecto de los actos ilícitos causados por los menores de edad”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho* 4 (2005).

- Mangas Martín, A. “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 57 (2005).
- Méndez Tomás, R. Casas Vallés R. Martínez Castro C. (2020) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias, año 2019. Anuario de Derecho Civil (revista) núm. LXXIII-IV, 1749-1805.
- Moreno, G. D. “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, en *Derecho de Familia*. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.
- Núñez Rivero C. y Alonso Carvajal A., “La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional”, *Revista de Derecho UNED* núm. 9 (2011).
- Ordás Alonso, M. “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9 (2016).
- Parra Rodríguez, C. “El cambio de paradigma de la discapacidad, el modelo inclusivo en las relaciones familiares transfronterizas” en *Anuario Español de Derecho Privado*, 65-88, 2021.
- Rivero Sánchez-Covisa, M. T., “El acogimiento familiar en España. Especial consideración: el acogimiento pre adoptivo”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho* 1 (2018).
- Román Llamosí S., “Reflexiones sobre la función de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia”, *Revista de derecho vLEX* núm. 135 (2015).
- Ruiz Rico Ruiz-Morón, J. “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil* núm. 3 (2016).

- Sáinz-Cantero Caparrós, “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia” *Revista de Derecho civil* (2014).
- Subiñas Castro, B. I. “Hacia un juez/jurisdicción integral del menor”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho* 2 (2019).
- Tafaro, S., Notas, B., Infantes, L., "Breves notas sobre los infantes en el derecho romano". *Revista de Derecho Privado*, no. 14 (2008), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3252303>.
- Vivas Tesón, I. “La absoluta desprotección del menor desde que se reduce la ruptura parental hasta su judicialización”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756 (2016).
- Zafra Espinosa de los Monteros R., *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida aspectos jurídico-procesales*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Zarralugui Sánchez-Eznarriaga, L. “La defensa de los menores y el Fiscal” en *Boletín Derecho de Familia*. Madrid: Lefebvre, 2013.

B) NORMATIVA ESPAÑOLA ESTATAL

- España. Constitución de la República Española, *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de diciembre de 1931, núm. 344, 1578- 1588.
- España. Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, 29313-29424.
- España. Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, *Boletín Oficial del Estado*, de 19 de julio de 1948, núm. 21, 3306.
- España. Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de junio de 1980, núm. 153.
- España. Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha

- custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. *Boletín oficial del Estado*, de 1 de septiembre de 1984, núm. 210, 25291-25295. Entrada en vigor el 1 de septiembre de 1983.
- España. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio número 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de septiembre de 2009, núm. 219, 76453-76471. Entrada en vigor el 1 de febrero de 2008.
 - España. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de julio de 2011, núm. 167, 77734-77743. Entrada en vigor el 1 de septiembre de 2011.
 - España. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, 23564-23570.
 - España. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de febrero de 2015, núm. 45.
 - España. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de diciembre de 2010, núm. 291. España. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965., *Boletín Oficial del Estado* núm. 203, de 25 de agosto de 1987. España. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la protección del niño

- a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de agosto de 1995, núm. 182 23447-23454.
- España. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de agosto de 1987, núm. 199, 25764-25767.
 - España. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, *Boletín Oficial del Estado* núm. 202, de 24 de agosto de 1987.
 - España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313.
 - España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de febrero de 2015, núm. 45, 14174-14189.
 - España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, de 12 de enero de 1996, núm. 11.
 - España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm. 7. España. Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, *Boletín Oficial del Estado*, de julio de 1970, núm. 161, 10702-10704.
 - España. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de mayo de 1981, núm. 119.
 - España. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 11, de 13 de enero de 1982.

- España. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de junio de 2010, núm. 156.
- España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2015 núm. 158 pp. 54068-54201.
- España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de julio de 2011, núm. 175.
- España. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de noviembre del 2014, núm. 288.
- España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de julio de 2015, núm. 180.
- España. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *Boletín Oficial del Estado* de 31 de julio de 2015, núm. 182.
- España. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Boletín Oficial*, 13 de enero de 1982, núm. 11, pp. 708 a 714.
- España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de mayo de 1982, núm. 115.
- España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de 17 de enero de 1996, núm. 15,
- España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

- España. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, de 3 de enero de 2000, núm. 11.
- España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, núm. 157.
- España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de julio de 2015, núm. 175, pp. 61871-61889.
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.
- España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Boletín Oficial del Estado* núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, art. 11.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. [Internet] *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de julio de 1889, núm. 206 (consultado en fecha 20 de marzo de 2021). Disponible: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con) España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizado, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de abril de 1996, núm. 97.

C) NORMATIVA ESPAÑOLA AUTONÓMICA

- Andalucía. Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de junio de 1998, núm. 150, pp. 20689-20702.
- Aragón. Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de agosto de 2001, núm. 189.
- Asturias. Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de abril 1995, núm. 94.

- Canarias. Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de marzo de 1997, núm. 63 pp. 8376-8397.
- Cantabria. Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de enero de 2011, núm. 19, pp. 6872-6930.
- Castilla y León. Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de agosto de 2002, núm. 197.
- Castilla La Mancha. Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. *Boletín Oficial del Estado*, de 18 de febrero de 2015, núm. 42.
- Cataluña. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de junio de 2010, núm. 156.
- Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de agosto de 2010, núm. 203.
- Comunidad de Madrid. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de agosto de 1995, núm. 183, pp. 23670-23688.
- Comunidad Valenciana. Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de febrero de 2019, núm. 39.
- Extremadura. Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de diciembre de 1994, núm. 309.
- Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de agosto de 2006, núm. 191.
- Islas Baleares. Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de abril de 2019, núm. 89.

- La Rioja. Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la Rioja, *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de marzo de 2006, núm. 70.
- Navarra. Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de enero de 2006, núm. 1.
- País Vasco. Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de noviembre de 2011, núm. 274, pp. 117217-117276.
- Región de Murcia. Ley 3/1995 de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de junio de 1995, núm. 131.

D) LEGISLACIÓN EUROPEA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, 2010/C 83/02 *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 83/389, de 7 de diciembre de 2000.
- Declaraciones anejas al acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 3 de octubre de 2003, núm. 251.
- Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 4 de mayo de 2016, núm. 119, pp. 1-88.
- Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 2 de julio de 2019.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

- Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 7, de 10 de enero de 2009..
- Reglamento (CE) N° 2201/2003 del consejo de 27 de noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.
- Reglamento (CE) N° 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.
- Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, *Diario Oficial de la Unión Europea* n° C191 de 29 de julio de 1992.

E) LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Carta Social Europea, Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa. Instrumento de Ratificación en España de 29 de abril de 1980. La Carta Social Europea entró en vigor en España el 5 de junio de 1980.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. *Naciones Unidas Derechos Humanos*, 2 de septiembre de 1990.
- 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 y Declaraciones al mismo. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 16 de abril de 2010, núm. 292. Entrada en vigor el 1 de julio de 2010.
- Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo

- de 1980. Ratificado por España el 9 de mayo de 1984. Boletín Oficial del Estado, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades, 4 de noviembre de 1950. Consejo de Europa, Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953.
 - Convenio número 8 de la Haya, de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores, *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*, 5 de mayo de 1974. Entrada en vigor, el 1 de enero de 1962.
 - Convenio número 9 de la Haya, de 15 de abril de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*, de 12 de noviembre de 1973. Entrada en vigor, el 1 de enero de 1962.
 - Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. Ratificado en España el 19 de abril de 1987. Boletín Oficial del Estado, de 27 de enero de 1995, núm. 23. Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973. Ratificado por España el 28 de mayo de 1987. Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 12 de agosto de 1987. Convenio número 24 de la Haya, de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las obligaciones Alimenticias, *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de agosto de 1976.
 - Convenio número 28 de la Haya, de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de diciembre de 1983.
 - Convenio número 34 de la Haya, de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de

- Protección de los Niños. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de enero de 2002.
- Convenio número 35, de 13 de enero del 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos, *HCCH (Hague Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé)*.
 - Convenio número 38 de la Haya, de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor, el 1 de enero de 2013.
 - Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de junio de 1997, núm. 150, pp. 19348-19351.
 - Declaración de los Derechos del Niño, *Asamblea General de las Naciones Unidas*, en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.
 - Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia y Conflicto Armado *Naciones Unidas Derechos Humanos*, de 14 de diciembre de 1974 y la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, *CNDH*, de 30 de septiembre de 1990.
 - Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 (III) *Asamblea General de las Naciones Unidas*.
 - European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock. *Council of Europe, Strasbourg*, 15 de octubre de 1975 núm. 85. Entrada en vigor el 11 de agosto de 1978.
 - Guardianship Convention. Convention du 12 juin 1902 poru régler la Tutelle des Mineurs. *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Dentro de los “viejos convenios”.

- Tratado Multilateral Interamericanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C, 1997.

F) LEGISLACIÓN ARGENTINA

- Argentina. Decreto reglamentario 415/2006 de la ley 26.061, de 17 de abril de 2006.
- Argentina. Ley nacional, número 26.994, 1ero de Octubre del año 2014, publicada en el Boletín Oficial el 08 de octubre del año 2014, Número 32985.
- Argentina. Ley número 26.061 de 21 de octubre de 2005, relativa a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, BOE núm. 30.767 de 26 de octubre del año 2005.
- Argentina. Ley número 340, 29 de septiembre 1869, Código Civil de Vélez Sarsfield, publicado en r.n. 1863/69, pp.513.
- Argentina. Ley provincial núm. 10636 de Abogado Del niño, niña y adolescente, artículo 6, *Boletín Oficial*, núm. 126, de 5 de Julio de 2019.

a. Protocolos

- Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la reconstrucción del mecanismo de control establecido por el Convenio. Entró en vigor en 1988.
- Protocolo 39 de la Haya, de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, *Hagué Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé*. Entrada en vigor en España, el 18 de junio de 2011.

G) JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. Tribunales nacionales

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1). Sentencia núm. 3062/1991 de 10 de junio de 1991.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1078/1992, de 12 de febrero de 1992..
- Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia de 30 de junio de 2009, VLEX.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 320/2011 de 12 de mayo de 2011.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 579/2011 de 20 de julio de 2011.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 578/2011, de 21 de julio de 2011.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 579/2011, de 22 de julio de 2011.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 304/2012, de 21 de mayo de 2012.
- Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 536/2014, de 20 de octubre de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 413/2014 de 20 de octubre de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 748/2014, de 11 de diciembre de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 13/2015 de 16 de enero de 2015.

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 47/2015, de 13 de febrero de 2015.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 321/2015, de 18 de junio de 2015.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 465/2015, de 9 de septiembre de 2015.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 664/2015, de 19 de noviembre de 2015.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 750/2015, de 30 de diciembre de 2015.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 283/2016, de 3 de mayo de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 299/2016, de 5 de mayo de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 319/2016, de 13 de mayo de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 298/2017 Resolución número 298/2017, de 16 de mayo de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 34/2016, de 24 de mayo de 2016,
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 4071/2016, de 12 de julio de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 553/2016, de 20 de septiembre de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 711/2016, de 25 de noviembre de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 155/2017, de 7 de marzo de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia número 519/2017 de 22 de septiembre de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 578/2017 de 25 de octubre de 2017.

- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 676/2017, de 15 de diciembre de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero de 2018.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 371/2018, de 19 de junio 2018.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 400/2018, de 27 de junio de 2018.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 492/2018, 14 de septiembre de 2018.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 630/2018, de 13 de noviembre de 2018.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 654/2018, de 20 de noviembre de 2018.
- Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia número 211/2019, de 5 de abril de 2019.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 514/2019, de 1 de octubre de 2019.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 4032/2020, de 30 de noviembre de 2020.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia número 548/2021 de 19 de julio de 2021.
- Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 diciembre de 2004. Requerimiento 66.33-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-66, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Primacía del Derecho comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Votos particulares. *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de enero de 2005, núm. 3, pp. 5 a 21.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 36/1991, de 14 de febrero de 1991.

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia número 74/1997, de 21 de abril de 1997.
- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 134/1999, de 15 de julio de 1999.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo de 2000.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 141/2000, de 30 de junio de 2000.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 4/2001, de 15 de enero de 2001.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 71/2004, de 19 de abril de 2004.
- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 75/2005, de 4 de abril de 2005.
- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 152/2005, de 6 de junio de 2005.
- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 17/2006, de 30 de enero de 2006.
- Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 163/2009, de 29 de junio de 2009.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 185/2012, de 17 de octubre de 2012.
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 138/2014, de 8 de septiembre de 2014.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 64/2019, de 9 de mayo de 2019.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia número 1/2012, de 5 de enero de 2012.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia número 20/2016, de 4 de abril de 2016.

- Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 11/2021, de 10 de febrero de 2021.
- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4). Sentencia de 19 de mayo de 2005.
- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3). Sentencia núm. 340/2006 de 26 de junio de 2006.
- Audiencia provincial de Alicante (Sección 4ª). Sentencia núm. 438/08 de 28 de agosto de 2008.
- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª). Sentencia núm. 379/04, de 16 de diciembre de 2004.
- Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª). Sentencia núm. 16/2005, de 25 de enero de 2005.
- Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª). Sentencia núm. 82/2021, de 8 de abril de 2021.
- Audiencia Provincial de Badajoz. Resolución número 76/2018, de 11 de octubre de 2018.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 397/2007, de 10 de mayo de 2007.
- Audiencia provincial de Barcelona (Sección 4ª). Sentencia núm. 348/2007 de 27 de junio de 2007.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª). Sentencia núm. 331/2011, de 7 de abril de 2011.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª). Sentencia núm. 41/2012, de 19 de enero de 2012.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera). Sentencia núm. 271/2014, de 5 de junio de 2014.
- Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª). Sentencia núm. 685/2012, de 23 de octubre de 2012.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18). Sentencia núm. 214/2014, de 26 de marzo de 2014.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 558/2014, de 18 de septiembre de 2014.

- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 83/2015, de 17 de febrero de 2015.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección núm. 12) Resolución núm. 271/2015, de 30 de abril de 2015.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia número 358/2016, de 18 de mayo de 2016.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª). Sentencia núm. 30/2016, de 25 de julio de 2016.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 275/2016, de 28 de septiembre de 2016.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 836/2016, de 24 de noviembre de 2016.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 833/2017, de 22 de septiembre de 2017.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 660/2019, de 5 de noviembre de 2019.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 279/2018, de 20 de marzo de 2018.
- Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª). Sentencia núm. 108/2007, de 24 de abril 2007.
- Audiencia Provincial de Burgos (Sección 4ª). Sentencia núm. 227/2010 de 11 de noviembre de 2010.
- Audiencia provincial de Burgos (Sección 1ª). Sentencia núm. 19/2014 de 14 de enero de 2014.
- Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2). Sentencia núm. 91/2008, de 31 de julio de 2008.
- Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª). Sentencia núm. 33/2009, de 29 de enero de 2009.
- Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª). Sentencia núm. 1/11 de 21 de junio de 2011.

- Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 2). Sentencia núm. 161/2019, de 3 de abril de 2019.
- Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2ª). Sentencia núm. 262/2014 de 27 de junio de 2014.
- Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª). Sentencia núm. 27/2013, de 18 de enero de 2013.
- Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª). Sentencia núm.474/2011, de 5 de septiembre de 2011.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 284/2009 de 23 de abril de 2009.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22). Sentencia núm. 715/2014, de 28 de julio de 2014.
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª). Sentencia núm. 296/2010, de 5 de abril de 2010.
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª). Sentencia núm. 16/2010, de 22 de febrero de 2010.
- Audiencia Provincial de Málaga (sección 6ª). Sentencia núm. 494/2016, de 6 de julio de 2016..
- Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª). Sentencia núm. 247/2006, de 19 de mayo de 2006.
- Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª). Sentencia núm. 428/2014, de 10 de julio de 2014.
- Audiencia Provincial de Navarra (sección 3ª). Sentencia núm. 392/2020, de 5 de junio de 2020.
- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Sentencia núm. 78/2018, de 12 de junio de 2018.
- Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª). Sentencia núm. 40/2002, de 5 de marzo de 2002.
- Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª). Sentencia núm. 48/2010, de 23 de julio de 2010.
- Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1). Sentencia núm. 25/2013, de 24 de enero de 2013.

- Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 187/2018, de 26 de abril de 2018.
- Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1). Sentencia núm. 174/2004, de 28 de abril de 2004.

2. Tribunales europeos

- Tribunal de Justicia de Italia. Sentencia 6/64, de 15 de julio de 1964. Disponible: EUR-Lex - 61964CJ0006 - ES - EUR-Lex (europa.eu).
- Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 1978 en el asunto 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal.
- Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. Asunto C-540/03.
- Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de septiembre de 2019, Asunto C-468/18.
- Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018. Asunto C-393/18 PPU de 17.10.2018 ECLI:EU:C:2018:835.
- Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de mayo de 2022. Asunto C-644/20 ECLI:EU:C:2022:371.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Marckx c. Belgium, de 13 junio 1979.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Olsson c. Sweden, de 24 Marzo 1988.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto of Berrehab c. The Netherlands, de 21 junio 1988.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Kroon and Others c. The Netherlands, 27 de Octubre 1994. (Apartado 32).
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Mc Michael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto A. c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998.

- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto of Elsholz c. Germany. de 13 de Julio de 2000.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Sahin c. Alemania. de 8 de Julio de 2003.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio de 2003.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Bianchi c. Suiza, de 22 de junio de 2006.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Neulinger and Shuruk c. Switzerland, de 6 de Julio de 2010.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto A.M.M.C. c. Rumanía, de 14 de febrero de 2012.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Anghel c. Italia, de 25 de junio de 2013
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Hromadka y Hromadkova c. Rusia. de 11 de diciembre de 2014.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Ribic c. Croacia, de 2 de abril de 2015.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto M. y M. c. Croacia, de 3 de septiembre de 2015.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Malec c. Polonia, de 28 de junio de 2016.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c España de 11 de octubre de 2016.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Paradiso and Campanelli c. Italy, de 24 enero 2017.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Lazoriva c. Ukraine, de 17 de abril de 2018.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), Asunto Jansen v. Noruega, de 6 de septiembre de 2018.
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), 23 de octubre de 2018.

- Tribunal Internacional de Justicia, de 28 de noviembre de 1958, Elisabeth Boll, I.C.J. Reports 1958 pp. 55.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia e 24 de junio de 2020.

4. Tribunales argentinos

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala B). Sentencia AR/JUR/3038/2009, del 19 de marzo de 2009. Disponible: https://docs.google.com/document/d/1l81MyICB2a_UsxtwkkalY2xzwT-Ns66RB_wXpvZGFsQ/edit?usp=sharing
- Juzgado de resp. penal juvenil número 2, MAR DEL PLATA, el 19 de abril de 2012, “R., J. M.; M. A.; G. N.; C., S. L.; V. M. S/ PROTECCION DE PERSONA”.
- Cámara nacional de apelaciones de lo civil. CIV., Sala G, de 17 de abril de 2012, elDial.com-AA776B.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M. G. c/ P. C. A. s/, el 26 de junio de 2012. [en línea] Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/28/los-menores-impuberes-son-incapaces-absolutos-no-pueden-designar-ni-remover-un-letrado-patrocinante/> (consultado el 14 de mayo de 2020).

- Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco, el 15 de diciembre de 2017, G.N.A. s/ ACCION DE AMPARO”, N° 4574/17-1-F, [en línea] Disponible en: <<https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3718-ordenan-designar-abogado-especialista-materia-figura-del-abogado-del>> (consultado el 28 de mayo de 2020).
- González Tomasini, M.P., *“Comentario al fallo Fallo inédito. Dos hermanos víctimas de violencia por parte de su progenitor acuden a la Justicia y hacen valer sus derechos, por sí mismos, con la asistencia letrada de un/a «abogado/a del niño» de su confianza. Comentario al fallo de la abogada que ejerció dicho rol, Dra. María Paula González Tomassini”*, 2018, MJ-DOC-13504-AR | MJD13504. [en línea] Disponible en: <<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/04/20/fallo-inedito-dos-hermanos-victimas-de-violencia-por-parte-de-su-progenitor-acuden-a-la-justicia-y-hacen-valer-sus-derechos-por-si-mismos-con-la-asistencia-letrada-de-un-a-abogado-a-del-nino/>> (consultado el 3 de mayo de 2020).
- Cámara de apelaciones en lo civil y comercial de Mar del Plata, sala II, el 11 de abril de 2019, I. R. B. c. D. R. CH. F. M. s/ incidente de modificación de cuidado personal de hijos.
- Cámara de apelaciones en lo civil en documentos y locaciones de Concepción, el 20 de febrero de 2020, V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos. (Rec. de queja por apelación denegada p/p Dr. Juan Facundo Masaguer. [en línea] Disponible en: <<https://docs.google.com/document/d/1DMtDRCaT7AisAVbNJxbPn3K0KejNQR1MAjzARDvsD8Y/edit?usp=sharing>> (consultado el 3 de mayo de 2020).
- Juzgado de control, niñez, juventud, penal juvenil, violencia familiar y faltas de la segunda circunscripción judicial con sede en la ciudad de Huinca Renancó, provincia de Córdoba, “E.F.J. s/ Control de legalidad”, de 17 de julio de 2020, [en línea] Disponible en: <<https://docs.google.com/document/d/1Fv-nVe1E4TSVsJpnbaQiGKnkpyESf8UStO5JumT7kRs/edit?usp=sharing>> (consultado el 5 de mayo de 2020).

- Juzgado civil, comercial, conciliación y familia 2a Nom. -SEC.3 - Carlos Paz (Ex Sec. 1), el 14 de agosto de 2020, “M. A. C. – L. M. G. - HOMOLOGACIÓN – Expte. 131402, 2° cuerpo.”

H) RESOLUCIONES, RECOMENDACIONES, RESÚMENES EJECUTIVOS Y CIRCULARES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva núm. 17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
- Fiscalía General del Estado. Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. El Derecho EDD 2011/304709.
- Fiscalía General del Estado. Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011, *Boletín Oficial del Estado*. FIS-C-2011-00009.
- Graham, G., Kirollos M., Knag Fylkesnes G., Salarkia K., Wong N., *Save the Children (2017) Resumen Ejecutivo: No a la guerra contra la infancia. Proteger a los niños y las niñas en los conflictos armados del siglo XX*”.
- EUR-Lex. “Obligaciones de alimentos, síntesis del documento”. Disponible: <Reglamento (CE) n o 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre ... - EUR-Lex (europa.eu)> (consultado el 23 de junio de 2022).
- Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2017). Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil. Resultados y tendencias, 2012 a 2016, resumen ejecutivo.
- Parlamento Europeo, Estrasburgo. Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea (2012/2263(INI)).

- Protección del interés superior del menor en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre la protección del interés superior del menor en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo (2016/2575(RSP)) *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 28 de abril de 2016(2018/C 066/01).
- Recomendación CM/Rec (2010)7 del Comité de Ministros de los estados Miembros sobre la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática y educación en derechos humanos. Comité de ministros, el 11 de mayo de 2010.
- Recomendación CM/Rec(2012)2 del Consejo de Europa sobre la participación de los niños y jóvenes menores de 18 años de edad, de 28 de marzo de 2012.
- Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, adoptada en 1992.
- Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 1 de febrero de 1990.
- Summaries of EU Legislation. Resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: competencia, reconocimiento y ejecución (2019). Disponible: <EUR-Lex - 4407187 - EN - EUR-Lex (europa.eu)> (consultado el 23 de junio de 2022).
- Summaries of EU Legislation. Resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: competencia, reconocimiento y ejecución (Bruselas II bis, 2022). Disponible: <EUR-Lex - I33194 - EN - EUR-Lex (europa.eu)> (consultado el 23 de junio de 2022).
- UNICEF España s.f. *La defensa de los derechos del niño*, Informe de síntesis de un estudio global sobre las instituciones independientes de derechos humanos en favor de los niños. [en línea] Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/championing2_spa.pdf> (consultado el 29 de marzo de 2022).

- UNICEF (2019) Niños, alimentos y nutrición, Crecer bien en un mundo en transformación. Resumen ejecutivo del Estado Mundial de la Infancia.
- UNICEF. (2018) Stolen Futures: Young and out-of-school.

I) DICTÁMENES, OBSERVACIONES GENERALES DE LAS NACIONES UNIDAS Y DIRECTRICES

- Comité de los derechos del niño: Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 11/2017.
- Convención sobre los derechos del niño: Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados en España (Nueva York: Naciones Unidas, 2018). Disponible:<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsvTvWdCiXbcdHJgod%2F48UvVLFjvw69pQaqdk3icKuqRzUXTOu9Jkdgy7484z0GiSTsDvaSRp2FJjq%2FGP3EoJNzcvONdYzYzEewA7hgK%2BQMwR>. (consultado el 3 de noviembre de 2020).
- Council of Europe Publishing (2010) Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice.
- Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno [en línea] disponible en <<https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/joint-general-comment-no-4-cmw-and-no-23-crc-2017>> (consultado el 5 de junio de 2020).

- Observación general núm. 5 de 27 de noviembre de 2003. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44. Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 27 de noviembre de 2003 [en línea] Disponible en: <<https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf>> (consultado el 5 de abril de 2022).
- Observación general CRC/GC/2005/06 del Comité de los derechos del niño, de 1 de septiembre de 2005, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Convención sobre los Derechos del Niño, n.º 6, de 1 de septiembre de 2005. Disponible: [observacion-general-6-trato-menores-no-acompanados-separados-de-familia-fuera-de-su-pais-de-origen-2005.pdf](https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-6-trato-menores-no-acompanados-separados-de-familia-fuera-de-su-pais-de-origen-2005.pdf) (plataformadeinfancia.org).
- Observación General núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado. Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 25 de mayo de 2009.
- Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013. [en línea] Disponible en: <<https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>> (consultado el 25 de junio de 2022).

J) CONGRESOS, PONENCIAS, JORNADAS Y ENTREVISTAS

- Belluscio, C.A., en “El abogado del niño en los procesos de familia”, conferencia brindada en Facebook, (Derecho de Familia según el Nuevo Código).

- Flores Gómez J.J. y Romero Porro J.A., “El derecho de defensa y la tutela judicial efectiva en *Ponencias: Por una nueva ley orgánica reguladora del derecho a la defensa e intrusismo*. Cáceres: Ilustre Colegio de abogados de Badajoz, 2018.
- Jornada: El Reglamento (UE) 2019/111 y las nuevas normas de responsabilidad parental y protección de menores. Día 23 de mayo de 2022. Organizada por la Sección de Derecho Internacional y de la Unión Europea del ICAB.
- Il·lustre Col·legi de l’Advocacia de Barcelona (2022) Taula 8 12.15h - 13.30h Taula de periodistas: La manca d’especialització dels jutjats de família: discriminació al ciutadà? Una altra visió. En < <https://www.icab.cat/ca/formacio/cursos/II-Congres-de-la-Infancia-i-139Adolescencia-2022-ON-LINE/>> (consultado el 11 de mayo de 2022).
- Lamberti, V., en entrevista personal realizada el día 23/10/2020. Véase: anexo I.
- Parra Rodríguez, C. “La obligación de alimentos para los menores. Nuevas soluciones desde el derecho internacional privado” en *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Reyna Ruiz, A. E. (2022) Acciones a tomar en Sonora respecto a la familia homoparental y la adopción. Capítulo 1, la Familia, antecedentes históricos.
- II Jornadas de Jueces de Familia, de incapacidades y Tutelas. Fecha de publicación 12 de abril de 2011. Lefebvre Online.
- VII Jornadas de Jueces de Familia, de incapacidades y Tutelas”, Revista de derecho procesal civil y mercantil 83 (2011).

K) BLOGS, NOTICIAS PERIODÍSTICAS Y RECURSOS DE INTERNET

- Acosta, K.E, “Cuando un niño necesita un abogado”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina (2008). Disponible: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm (consultado el 23 de junio de 2020).
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2015). “*Manuel de droit européen en matière des droits de l’enfant*”. FRA European Union Agency for Fundamental Rights (fra.europa.eu), Consejo de Europa [en línea] Disponible en <www.coe.int/en/web/comissioner/thematic-work/children-rights> (consultado el 25 de mayo de 2020).
- Alonso Carvajal, A. “La figura del "abogado del niño" en la Argentina”, Red Abogados:<https://redabogados.eu/derecho-de-familia/la-figura-del-abogado-del-nino-en-la-argentina/>+ (consultado el 21 de abril de 2022).
- Asociación Española de Abogados de Familia (2020) Los Equipos Psicosociales de los juzgados son deficientes y acumulan graves retrasos [en línea] disponible en <Aeafa | Estudios> (consultado el 24 de marzo 2022).
- Bastida Abogados Bastida. s.d. *Abogado experto en Derecho de Familia y Menores - Equipos Psicosociales*. [en línea] Disponible en: <<https://www.bastidabogados.com/2019/10/17/suple-a-la-exploracion-judicial-el-informe-de-los-equipos-psicosociales-adsritos-a-los-juzgados-como-se-debe-llevar-a-cabo-la-exploracion-judicial-de-los-menores/>> (consultado el 16/3/2022).
- Becerril, S. (Defensora del Pueblo), “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Portal del Defensor del Pueblo: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas->

- de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/> (consultado el 24 de febrero de 2022).
- Cano Fuentes, O. “La Nulidad De Actuaciones En El Proceso De Familia”, El Blog de Oscar Cano. Disponible en: <https://www.oscar-cano.com/la-nulidad-de-actuaciones-en-el-proceso-de-familia/> (consultado el 11 de abril de 2021).
 - Cano Fuentes, O. “El Ministerio Fiscal Puede No Estar Presente En La Vista”, El Blog de Oscar Cano. Disponible en: <https://www.oscar-cano.com/el-ministerio-fiscal-puede-no-estar-presente-en-la-vista/> (consultado el 10 de marzo de 2022).
 - Carretero González, C. "La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico", *Pensamiento Civil* (2018). Disponible: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3415-importancia-influencia-del-uso-del-lenguaje-claro-ambito-juridico> (consultado el 18 de septiembre de 2020).
 - Registro de Abogados del niño, Colegio de Abogados Avellaneda – Lanús. Disponible: <http://caal.org.ar/registro-de-abogados-del-nino/> (consultado el 17 de julio de 2020)
 - Comisión Europea, “Aplica la legislación de la UE”: <Aplicar la legislación de la UE | Comisión Europea (europa.eu)> (consultado el 1 de julio de 2022).
 - Comisión Europea, “Tipos de Derecho de la UE”: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_es (consultado el 28 de junio de 2021).
 - Comité de los Derechos del Niño: Observación general núm. 12 (2009), compendio de observaciones publicadas por Unicef, pp. 203 a 212. [en línea] Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (consultado el 2 de junio de 2020).
 - Comité de Salud Mental de la Sociedad Argentina de Pediatría. Grupo de Trabajo sobre Violencia Familiar, (2007) “*Qué hacer cuando se sospecha*

- que un niño es abusado sexualmente*”, pp. 364-365. [en línea] Disponible en: <https://www.sap.org.ar/uploads/consensos/qu-eacute-hacer-cuando-se-sospecha-que-un-ni-ntildeo-es-abusado-sexualmente.pdf> (consultado el 24 de septiembre de 2020).
- Communication from the Commission – EU law: Better results through better application. 2017/C 18/02): <EUR-Lex - 52017XC0119(01) - ES - EUR-Lex (europa.eu)> (consultado el 5 de julio de 2022).
 - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Naciones Unidas: <Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) - dipublico.org> (consultado el 29 de junio de 2022).
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿Qué es la Corte IDH? [en línea] Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm> (consultado el 26 de junio de 2022).
 - Council of Europe Portal, Chart of signatures and ratifications of Treaty 160. Status as of 5 de julio de 2022. [en línea] Disponible en: <Full list (coe.int) > (consultado el 5 de julio de 2022).
 - Council of Europe Portal, Children’s Rights [en línea] disponible en <Children's Rights (coe.int)> (consultado el 29 de junio de 2020).
 - D’Antonio, D. *Derecho de menores*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994.
 - Defensor del Pueblo, “Derechos de los niños y adolescentes”, Defensor del Pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/infancia> (consultado el 29 de marzo de 2022).
 - Defensor del pueblo, 2022. *Qué es el defensor* [en línea] Disponible en: <¿Qué es el Defensor? | Defensor del Pueblo> (consultado el 19 de abril de 2022).
 - Documentos básicos en el Sistema Interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en línea] Disponible en <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp> (consultado el 27 de junio de 2022).

- *Enciclopedia Jurídica*, definición de “Ad litem”, véase: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/ad-litem/ad-litem.htm>
- “*Enciclopedia Jurídica*”, definición de “defensa técnica”, [en línea] Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/defensa-tecnica/defensa-tecnica.htm> (consultado el 20 de noviembre de 2021).
- EUR-Lex, “Recasting of Legislation, glossary summaries”. Disponible: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LEGISLATION/recastings/glossary-summaries/> (consultado el 23 de junio del 2022).
- El Fiscal, “Historia”. Disponible: <https://www.fiscal.es/historia> (consultado el 7 de febrero de 2022).
- Funes, A. “¿Cuántos países hay en el mundo?”, *El español* (2020): [¿Cuántos países hay en el mundo? \(elespanol.com\)](http://elespanol.com/que-paises-hay-en-el-mundo/) (consultado el 17 de junio de 2022).
- Graiaewski, M.J. “El lenguaje claro en el ámbito jurídico”, *Pensamiento Civil* (2020). Disponible: <https://pensamientocivil.com.ar/4553-lenguaje-claro-ambito-juridico> (consultado el 14 de septiembre de 2020).
- Gutiérrez Mayo, E. “La intervención del Fiscal en la jurisdicción civil”, *Lawyerpress NEWS*. Disponible en: https://www.lawyerpress.com/2020/06/24/la-intervencion-del-fiscal-en-la-jurisdicion-civil/#_ftn2 (consultado el 20 de abril de 2022).
- E. Gutiérrez Mayo, “La necesidad de juzgados de familia especializados en todo el territorio para garantizar la igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley”, *Plataforma Familia*. Disponible: <https://plataformafamiliayderecho.org/2020/05/08/la-necesidad-de-juzgados-de-familia-especializados-en-todo-el-territorio-para-garantizar-la-igualdad-de-los-ciudadanos-en-la-aplicacion-de-la-ley-articulo-de-la-fiscal-escarlata-gut/> (consultado el 10 de marzo de 2022).
- Hagué Conference on Private International Law, *Conférence de La Haye de droit international privé* [en línea] disponible en: <https://www.hcch.net/es/home> (consultado el 20 de mayo de 2020).

- Humanium. “Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño, 1924”: <Presentación de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924 - Humanium> (consultado el 15 de junio de 2022).
- Humanium, Derecho del niño [en línea] Disponible en: <Derechos del niño - Humanium> (consultado el 18 de junio de 2022).
- Il·lustre Col·legi de l’Advocacia de Barcelona (2022) Nota de Premsa: L’advocacia reclama l’especialització dels jutjats de família a tot Espanya per garantir l’accés a la justícia en igualtat de condicions. En <<https://www.icab.cat/ca/actualitat/noticies/noticia/Ladvocacia-reclama-lespecialitzacio-dels-jutjats-de-Familia-a-tot-Espanya-per-garantir-lacces-a-la-Justicia-en-igualtat-de-condicions/>> (consultado el 11 de mayo de 2022).
- Javier, G. “Intervención del Ministerio Fiscal en procesos de familia”, Casasempere Abogados. Disponible: <<https://casasempereabogados.com/intervencion-del-ministerio-fiscal-en-los-procesos-de-familia/#cual-es-el-papel-del-fiscal-en-los-procedimientos-de-familia>> (consultado el 3 de junio de 2022).
- La pasión por el derecho (2018) Diferencias entre la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte interamericana (Corte IDH) [en línea] Disponible en: <<https://lpderecho.pe/diferencias-entre-comision-interamericana-cidh-corte-interamericana-corte-idh/>> (consultado el 25 de junio 2022).
- Lorenzetti, R.L., Highton de Nolasco, E., Kemelmajer de Carlucci, A. “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista del notariado* (2012), 4-6. Disponible: http://www.revista-notariado.org.ar/wpcontent/uploads/2017/02/Anteproyecto_CCCN_2012_fundamentos.pdf (consultado el 25 de agosto de 2020).
- Mateo Bueno, El Ministerio Fiscal y el «interés superior del menor», una extraña pareja”. Portal personal. Disponible en <https://www.mateobuenoabogado.com/el-ministerio-fiscal-y-el-interes-superior-del-menor-una-extrana-pareja/> (consultado el 2 de marzo de 2022).

- Moreno Catena, V. “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”. *Revista Cuadernos de Derecho Público* 16 (2011). Disponible: <<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/660>> (consultado el 10 de febrero de 2022).
- Muñoz Fernández V. (2012) La Sociedad de Naciones, el embrión de la ONU. [en línea] Disponible en: <La Sociedad de Naciones, el embrión de la ONU (redhistoria.com)> (consultado el 16 de junio de 2022).
- Naciones Unidas, La Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea] Disponible en <La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas> (consultado el 17 de junio de 2022).
- Naciones Unidas. Paz, dignidad e igualdad en un planeta sano. Precursora: La Sociedad de las Naciones. Disponible en <Precursora: La Sociedad de las Naciones | Naciones Unidas> (consultado el 16 de junio de 2022).
- Noticias Jurídicas, 2015. *Cuando está en cuestión el interés superior del menor, la respuesta no puede ser la interpretación literal de la norma*. Noticias Jurídicas. [en línea] Noticias Jurídicas. Disponible en: <[https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9237-cuando-esta-en-cuestion-el-interes-superior-del-menor-la-respuesta-no-puede-ser-la-interpretacion-literal-de-la-norma-/](https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9237-cuando-esta-en-cuestion-el-interes-superior-del-menor-la-respuesta-no-puede-ser-la-interpretacion-literal-de-la-norma/)> (consultado el 4 de marzo de 2022).
- Ordóñez, R. “Eglantyne Jebb, la madre de los Derechos del niño”, *Revista El Independiente* (publicado el 23 de septiembre de 2019 en formato digital). Disponible: <https://www.elindependiente.com/tendencias/historia/2019/09/23/eglantyne-jebb-la-madre-de-los-derechos-del-nino/> (consultado el 10 de abril de 2020).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿Qué es la CIDH? [en línea] Disponible en <<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp>> (consultado el 21 de junio de 2022).

- M. Pacheco Gallardo, “Proceso de transposición de Directivas”, Noticias Jurídicas: <Proceso de transposición de Directivas · Noticias Jurídicas (juridicas.com)> (consultado el 1 de julio de 2022).
- Parlamento Europeo. El PE después del Tratado de Lisboa: un papel más importante en la construcción de Europa. [en línea] Disponible en: <El Tratado de Lisboa (europa.eu)> (consultado el 21 de junio de 2022).
- Pavy E. (2022) El Parlamento Europeo. El Tratado de Lisboa [en línea] Disponible en: <El Tratado de Lisboa | Fichas temáticas sobre la Unión Europea | Parlamento Europeo (europa.eu)> (consultado el 21 de junio de 2022).
- Pérez Pérez, G. (2008) La problemática de los Derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Cuestiones constitucionales, núm. 18, [en línea] disponible en www.juridicas.unam.mx (consultado el 30 de julio de 2020).
- Plataforma de la Infancia, “Convención sobre Derechos del Niño - versiones adaptadas por edad”: <https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/convencion-derechos-del-nino/>. (consultado el 29 de marzo de 2022).
- Plataforma de infancia española. España examinada por el Comité de los Derechos del Niño (2018). Consideration of Spain 77th Session Committee on the Rights of the Child. <<https://www.plataformadeinfancia.org/espana-examinada-comite-los-derechos-del-nino/> > (consultado el 12 de mayo de 2022).
- Ley provisional sobre organización del Poder judicial del 15 de septiembre de 1870. Normativa histórica de las Cortes Constituyentes españolas. Disponible: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Normativa-historica/Ley-provisional-sobre-organizacion-del-Poder-judicial--de-15-de-Septiembre-de-1870> (consultado el 9 de febrero de 2022).
- Real Academia Española, (1713) “Real Academia de la Lengua en el Nuevo Tesoro Lexicográfico de la lengua española [en línea] disponible

- en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiores-1726-1992/nuevo-tesoro-lexicografico> (consultado el 22 de enero de 2020).] Rivero Hernández, “*Enciclopedia jurídica*”, definición de “representación”, [en línea] Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/representacion/representacion.htm> (consultado el 9 de febrero de 2021).
- Save the Children Convención sobre los Derechos del Niño [en línea] Disponible en <Convención sobre los Derechos del Niño: 4 claves (savethechildren.es)> (consultado el 18 de junio de 2022).
 - Software DELSOL, Tratado de Maastricht [en línea] Disponible en <▷ Tratado de Maastricht ¿En qué consiste? (sdelsol.com)> (consultado el 20 de junio de 2022).
 - Sospedra Navas, F. *Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2021. Disponible:<https://insignis-aranzadidigital-es.sire.ub.edu/maf/app/document?srguid=i0ad6adc50000017f1be834e1916a0997&marginal=BIB\2021\3733&docguid=l37412940c8c211ebaede5ed918e7cd&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-resultlist=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#> (consultado el 21 de febrero de 2022).
 - Suprema Corte de Justicia de la Nación, Buscador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea] Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda#mapa_listado (consultado el 26 de junio de 2022).
 - Unicef, “Convención de los derechos del niño”, Unicef España: <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20se%20convirti%C3%B3%20en,del%20mu>

- ndo%20excepto%20Estados%20Unidos.as/derechos (consultado el 29 de marzo de 2022).
- Unicef, “30º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Unicef: <https://www.unicef.org/mexico/30-aniversario-de-la-convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o> (consultado el 29 de marzo de 2022).
 - Unicef, Historia de los derechos del niño. Las normas internacionales avanzaron notablemente durante el siglo pasado. [en línea] Disponible en < Historia de los derechos del niño | UNICEF > (consultado el 20 de junio de 2022).
 - Universidad Internacional de la Rioja (2021) ¿En qué consiste el principio de contradicción en derecho? [en línea] disponible en: <El principio de contradicción en Derecho, ¿en qué consiste? (unir.net) > (consultado el 26 de mayo de 2022).
 - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño”, Comité de los Derechos del Niño: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>. (consultado el 29 de marzo de 2022).
 - Zapiola, M. C. “La Ley de Patronato de Menores de 1919: ¿una bisagra histórica?”, en *Las Infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1890-1960)*. Buenos Aires: Prohistoria, 2010. Disponible en: <<https://www.aacademica.org/maria.carolina.zapiola/17>> (consultado el 30 de julio de 2020).

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AEAFA	Asociación Española de Abogados de Familia
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución de la Nación de Argentina
CNAC	Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil
CNCIV	Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
FJ	Fundamento Jurídico
HCCH	<i>Hague Conference on Private International Law, Conférence de La Haye de droit international privé</i>
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
NNA	Niños, niñas y adolescentes
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SAP	Síndrome Alienación Parental
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UISE	Union Internationale de Secours aux Enfants

ANNEXO. ENTREVISTA.

TRANSCRIPCIÓN DE LA ENTREVISTA A LA DRA. V.L., ABOGADA
DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA
(ARGENTINA) REALIZADA EN FECHA 23/10/2020

S.F.: Buenos días V.L., ¿nos podría explicar en qué consiste su trabajo como abogada del menor en Argentina?

V.L.: Sólo trabajo con niños, niñas y adolescentes porque ha sido lo que me ha “devuelto al ruedo”. Desde ese lugar voy a hablar. La idea era pensar en esta figura de abogado del niño, niña y adolescente construyendo la participación ciudadana de sujetos de derechos de menores de edad.

Para hablar de la cuestión del abogado del niño, niña y adolescente, me parece importante traer a colación que no se trata de algo novedoso, sino que está previsto y legislado desde hace mucho tiempo. De hecho, en Córdoba, desde el primer caso que tuve como abogada del niño, niña y adolescente no teníamos ley especial pero mi actuación se enmarcó en toda la normativa preexistente que me permitía justificar por qué los menores requerían de participación.

La Convención Americana de Derechos Humanos como primer instrumento o como el más antiguo, trae consigo la cuestión de las garantías legales, en el sentido de que las personas puedan recibir el correcto asesoramiento teniendo además derecho a participar en el proceso. Si entendemos que los niños, niñas y adolescentes son personas, entonces les alcanzan todas estas normativas.

La Convención de los Derechos del Niño que plantea la cuestión de contar con una asistencia letrada especializada recoge la necesidad de participar en los procedimientos donde haya asuntos que los involucran, contando con las garantías legales. No es lo mismo ir a una audiencia donde el niño, niña y adolescente va a ser escuchado, oído, teniendo la posibilidad de contar con la

formalidad y la asistencia técnica especializada. Las condiciones en las que participa no son las mismas, la Convención también lo prevé. Es importante tener en cuenta las 100 reglas de Brasilia que garantizan el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.

A partir del año 1994, en Argentina, todas estas normas tienen jerarquía constitucional y partir de ahí tenemos las leyes de protección integral (2005) así como la ley nacional. En el año 2011 se sanciona algo similar en Córdoba. En el año 2019 logramos esta ley de abogado del niño, niña y adolescente en Córdoba. Debe regular cuestiones muy específicas porque la tarea del abogado del niño, niña y adolescente no difiere de lo que es un patrocinio letrado para cualquier persona.

Esto debería ser una garantía mínima en un procedimiento, además de regular cuestiones como: ¿cualquiera puede ser abogado de niño, niña y adolescente? ¿O vamos a tener unas exigencias particulares atento el sujeto con el que trabajamos? ¿Quién va a pagar la tarea que realice el abogado? ¿Dónde un niño va a encontrar a un abogado/a?

Tratar de pensar que esta ley tiene que venir a habilitar y a dar mayor acceso y garantía de participación, no debe ser algo que se siga regulando sino terminamos llenos de normativas y cada vez más específicas. La idea de esto es que sea cada vez más amplio.

Después están todos los pactos, reglas y observaciones generales.

S.F: ¿Qué implica abogar por los derechos?

V.L.: Aquí es fundamental la cuestión del rol. El abogado del niño, niña y adolescente es el que viene a garantizar los intereses, deseos y pretensiones de un menor que ingrese al proceso. Cuando trabajo con niños, niñas y adolescentes siempre hablo con ellos y les digo: “bueno esta es la verdad”, y esa verdad, hay que saber contarla.

Debemos tener una estrategia para que la verdad llegue al lugar donde las decisiones se van a tomar y se consiga lo que vos estas pidiendo. Entones proponemos y construimos junto al niño, niña y adolescente una estrategia jurídica para obtener ese resultado favorable. No voy a trabajar solo en una causa aislada.

Cuando trabajé de abogada de una adolescente que fue querellante, ella también tenía otras causas además de por violencia; tenía causas en el ámbito administrativo, una causa civil por accidente de tránsito, entonces implica ir acompañándola en todos los ámbitos donde están discutiéndose sus asuntos.

Venimos a ser una herramienta más del sistema de protección integral y la importancia de entender que somos una herramienta más, implica entender que no somos la única herramienta que garantiza la participación y que venimos a potenciar la defensa de esos derechos.

S.F.: Entonces desde el punto de vista del profesional, ¿Cuándo tenemos claro cuál es el rol que vamos a cumplir?, ¿Qué implica eso?

V.L.: Advertir que tenemos un plus de responsabilidad en el ejercicio y que hay enormes desafíos a los que nosotros, como profesionales, nos enfrentamos y también a enormes limitaciones y hasta dónde tiene que llegar nuestra tarea.

De hecho, en la facultad de derecho por lo menos en Argentina, no tenemos ningún tipo de formación específica en lo que tiene que ver con derechos del niño, niña y adolescente, es una materia optativa.

Desde el punto de vista de los demás operadores involucrados, jueces, funcionarios judiciales, y también de operadores que están en el territorio para la defensa de los derechos, conocer de qué se trata esta figura implica que nos van a convocar oportunamente y que la van a aplicar adecuadamente, porque hay casos en los que no es necesario nuestra intervención, hay casos en los que sí, hay casos en los que nos llaman mucho tiempo después y muy tarde. Llegar tarde y brindar un asesoramiento a destiempo también implica que hay una

vulneración de derechos porque no es lo mismo ir a hacer una denuncia de un adulto sabiendo a dónde vamos, para qué vamos, qué tenemos que contar, qué nos pueden preguntar, qué nos va a pasar, de todo eso se trata poder asesorar a tiempo a un niño, niña y adolescente.

En el caso que yo trabajé de una adolescente, a mí me citaron convocándome a trabajar 4 años después de que la causa penal empezara, y seguía frenada y parada. Siempre debemos reconocer su derecho a la diferencia.

Alessandro Baratta tiene un texto que es muy interesante que habla de reconocer que el derecho a la igualdad del niño, niña y adolescente no es tal sin el reconocimiento de este derecho a la diferencia. Sin obligarle a participar, actuar y ejercer sus derechos como si fueran adultos, cuando en realidad no lo son.

La particularidad que tiene esta figura es que garantizamos la participación, respetando incondicionalmente la condición de niño, niña y adolescente. Los tenemos que acompañar adecuadamente, orientarlos para que puedan ejercer de manera autónoma y reparadora sus derechos, debiendo ser una reivindicación del lugar en el que están ellos al inicio de nuestra tarea. Posicionarlos en un lugar mejor, sostener sus infancias.

S.F.: Entonces, ¿Qué implicaciones tiene?

V.L.: Por un lado, exigir que tengamos una formación especializada implica que necesariamente nuestra disciplina netamente jurídica es completamente insuficiente para ejercer como abogados de niño, niña y adolescente. Nosotros necesitamos permitir y atravesar nuestra disciplina por otros campos científicos. Tenemos que ser permeables a esa formación para poder construir el caso y la posible solución con un lenguaje común.

Esto también tiene que ver con la mirada integral hacia el sujeto con el que vamos a trabajar. Nunca un niño, niña y adolescente va a tener un problema que es netamente jurídico, sino que tiene problemas jurídicos, sociales, psicológicos

y en todo ese abordaje tenemos nosotros que poder estar preparados para trabajar. Con esas miradas y esa amplitud en el conocimiento.

Por eso, la formación especializada no tiene que ver con que restringimos el libre ejercicio de la profesión, estamos exigiéndole un plus al que va a trabajar con un sujeto que merece una protección especial. Esta responsabilidad tiene que ver con que nosotros debemos transformar en pretensiones jurídicas, los deseos e intereses del niño, niña y adolescente. Las leyes de procedimiento están estructuradas, pensadas, con tiempos y lenguajes desde el lugar del adulto. Es un gran desafío lograr que se incorpore al procedimiento un sujeto menor de edad.

Los planteos y los posicionamientos que tienen los niños, niñas y adolescentes con los que trabajamos vienen a interpelar esa letra de la ley. Que nosotros podamos encausar esto procesalmente es un desafío enorme porque venimos a traer una pretensión que interpela y cuestiona algunos mandatos legales porque tienen que ver puramente con estos deseos e intereses. Debemos posicionarlos en un lugar en que eso pueda estar receptado en la sentencia.

Para eso, el tiempo y la escucha son fundamentales. Debemos disponer de un tiempo que no es el nuestro, es el tiempo de otro y a ese tiempo nos debemos adaptar. Nunca las consultas o entrevistas a un niño, niña y adolescente duran lo mismo que con un adulto, y no es que siempre necesitemos muchísimo tiempo, al contrario, hay veces que son muy cortitas y tenemos que hacer 10 entrevistas de 10 minutos, a veces son mucho más largas porque necesitan tiempo para jugar, llorar, callar y contar.

También ahí el desafío nuestro es la escucha porque no van a hablar del modo que nosotros pretendemos que se expresen y tenemos que aprender a escuchar a aquellos que tienen para contar y decir desde su lugar y no que hablen con un lenguaje que les resulta totalmente ajeno.

Hay un libro de Silvia Duschatzky que siempre recomiendo porque me vengo encontrando muchas veces con los protocolos de intervención, que consiste en

un breve manual que borra completamente la subjetividad del menor y nos da pautas y modelos estrictos a seguir, porque a los niños se les escucha así, con determinadas pautas y formas pero la realidad es que los niños a los que nos convocan y el enorme desafío es a desestructurarnos y a escuchar más allá de la literalidad de lo que están expresando, a que podamos no sólo escucharlos sino crear una circunstancia como ella dice para “poder atravesar las palabras cuando están muy cargadas de sentido”, cuando dicen “no quiero verlo nunca más”.

Por ejemplo, hay un caso muy gráfico que siempre lo cuento como ejemplo, cuando trabajaba con un menor de 8 años lo entrevistaba en el espacio donde estaba haciendo terapia porque en ese espacio, además, tenían revinculaciones familiares con su progenitor. Eran revinculaciones impuestas porque hacía tiempo que no veía a su papá. Lo primero que él me dice cuando voy es: “a mí no me gusta venir acá porque vengo a ver a mi padre y no lo quiero ver. A mí me hace mal, yo no le creo que él sea mi papá”.

Entonces, a mí en esto de la resonancia (esto fue antes de leer el libro), algo me resonaba.

Y si yo me pongo desde el lugar del adulto le diría “mira chiquito esto no es cuestión de fe y misterio, este es tu papá y listo se terminó”. No se trata de la fe, hay otra cosa ahí. Empezamos a desarmar eso hasta que un encuentro él me dice: “lo que pasa es que si yo le digo papá a tal, el Enzo va a dejar de ser mi papá” (porque su mamá estaba en pareja con Enzo), desde que él había nacido, y él sentía que hacer entrar a su progenitor biológico borraba del mapa al otro.

Ahí la tarea no tenía que ver con ir y pedir una participación judicial, sino que tenía que poder acompañar al niño a construir una idea de familia que ya tenemos receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación, en esto de que se integran, se suman y no se excluyen los vínculos. Fue otra tarea a la que estuve convocada y no a la de la participación judicial. Eso es muy importante que lo podamos entender porque cuando vamos a ejercer, si lo llevo ante una

jueza que le diga que no cree que ese sea su papá lo borran de un plumazo y lo mandan a seguir con la revinculación.

S.F.: Entonces ¿Qué es lo mejor para ese niño con ese interés?

V.L.: Es cada uno, cada vez. Porque incluso el mismo niño cada vez puede ir manifestando cuestiones diferentes y el desafío es mío para poder escuchar, no agotarle ni calmarnos en una respuesta. Esto de querer contestar enseguida y darles una solución. Nosotros podemos advertir sobre todo en las causas de familia, que hay enojos que no son propios.

Sin embargo, si yo quiero sacar todo eso, no voy a trabajar con ese niño, voy a trabajar con otro, porque ese niño no es sin esas vivencias, circunstancias y alianzas que ha podido construir para sobrevivir, son el campo de batalla donde el divorcio sucede y cuando son víctimas del abuso sexual son garantes con su cuerpo de un montón de condiciones.

Esos pactos de silencio, esas alianzas inconscientes las tengo que hacer entrar en mi estrategia y trabajo, porque cuando empiezan: este niño está totalmente caseteado por la madre (guionado), y si. Pero así es este niño, yo no puedo borrar eso, tendré que ayudar a que aparezca de alguna manera su deseo e interés más allá. Pero si borro a esa madre del mapa también lo borro a él de su subjetividad. Porque así fue construida, porque de eso se tratan los vínculos familiares.

No podemos pretender: no, no le vamos a designar abogado a este niño porque eso tiene que ver con la mamá y no con el niño; es al contrario. Si vemos que hay un niño que discursivamente está atrapado en el discurso materno o paterno lo que debemos hacer es brindarle algún profesional que pueda trabajar sólo con sus intereses, deseos, posición y es un desafío enorme, pero el esfuerzo es nuestro, no debe hacerlo él.

Entonces nosotros debemos ser ese instrumento para hacer que los planteos, deseos e intereses lleguen al lugar donde las decisiones se toman y no garantizar que el resultado va a ser lo que los niños tienen.

Ahora hay que escuchar adecuadamente y con garantías a ese niño para tomarlo en cuenta y a partir de ahí darle una respuesta que puede ser: “no, esto no va a ser como vos lo estás pidiendo porque no solamente están tus derechos sino los derechos de los demás y vamos a tratar de componer todo eso adecuadamente”.

Lo que ahora pasa es que ellos nunca son tomados en cuenta.

S.F.: ¿Nos podría hablar sobre las entrevistas al niño o exploraciones a las que se les lleva a cabo?

V.L.: Al no tener un abogado designado en el proceso, lo que ocurre es que lo citan a una audiencia para ser escuchado, pero sin abogado o abogada, el juez se convierte en amo y señor de todo lo que ahí sucede. Si bien citan a alguien de un equipo técnico (psicólogas), nada de lo que ocurre en esa audiencia queda en un acta.

No se transcribe la literalidad de lo que el niño expresó, del modo en que lo expresó, en qué circunstancia lo dijo, o en qué contexto lo dijo. Entonces, después de muchas resoluciones y sentencias dicen: luego de haber escuchado al niño y advirtiéndole que su pretensión es tal, se resuelve tal cosa.

Pero qué dijo, cómo lo dijo, cuándo lo dijo, qué posibilidades de cuestionar eso tiene el niño.

Muchas veces pasa que el niño dice: “yo no dije esto”, porque resolvió así si yo le dije otra cosa. No hay nada donde quede una constancia.

Entonces si bien su derecho a la intimidad puede ser resguardado de este modo: se hace un acta, se transcribe todo lo que él dijo y pidió y se le pregunta al niño si él quiere que se incorpore al expediente o que se reserve en Secretaría.

Se puede reservar y nadie tiene acceso, pero llegado el momento si hay algo que cuestionar se puede pedir que eso se desarchive.

Todas estas cuestiones que son garantías no aparecen. Es una cuestión mágica porque nunca se sabe qué es lo que pasa ahí adentro cuando lo están escuchando.

Entonces, darles una garantía como a cualquiera de las otras partes implica que no son cosas disponibles, sino que son sujetos con derechos que los ejercen de manera efectiva.

S.F.: ¿Nos podría hablar sobre la autonomía progresiva vinculada al principio de protección especial que se encuentra en el artículo 19 de la Convención Americana?

V.L.: Tienen derechos a que se tomen medidas de protección por su propia condición de sujetos vulnerables o niños. La autonomía progresiva tiene que ver con esto directamente porque implica que van a poder ejercer de manera autónoma sus derechos cuando la autonomía progresiva así lo aconseje conforme a su edad y su grado de madurez, que es lo mismo que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación recepta y es lo que la ley de Córdoba respecto al abogado del niño, niña y adolescente recoge en el artículo 5 que establece que la defensa técnica va a ser provista a partir de criterios y acciones interdisciplinarias cuando la capacidad progresiva así lo aconseje.

Ahí está el eje de la cuestión porque dependiendo del contenido que se le dé en la práctica a este artículo vamos a ampliar o restringir el ejercicio autónomo de los derechos.

S.F.: ¿Qué pretendemos que un niño sepa del proceso? ¿Cuáles son las exigencias y cuáles son las garantías?

V.L.: Este principio implica el derecho a participar conforme a esa autonomía y sus posibilidades y es para garantizar un ejercicio de derechos.

S.F.: ¿Qué significa entonces desde el punto de vista del abogado del menor y desde el paradigma vigente?

V.L.: Que el esfuerzo debe provenir del mundo de las personas adultas. Yo me tengo que adaptar, yo debo adaptar mi lenguaje, los lugares de trabajo, los tiempos y los espacios para que ese niño, niña y adolescente ejerza sus derechos de manera autónoma.

Esto se puede convertir en un plus de exigencia, en una herramienta para restringir y asegurar este sistema tutelar. Se le exige al niño la demostración de un saber técnico para garantizar que pueda participar de un proceso con garantías legales.

Es contradictorio si lo tomamos desde ese punto de vista. Y es en lo que en la práctica nos pasa cuando un niño o una niña va a pedir participación.

Lo que yo entiendo es que estos informes y criterios interdisciplinarios, deben ir por el lado de que un terapeuta, un médico pediatra, la docente que trabaja con ese niño y lo acompaña en su infancia pueda dar cuenta de las posibilidades subjetivas de este niño para atravesar el proceso. Porque no es gratis el atravesar un proceso, no es sin costo para los niños atravesar y pasar por una instancia judicial entonces, pensar también en este concepto de capacidad en términos de competencia, para este caso en concreto, ¿está preparado?, ¿puede con esto?, ¿va a ser algo que le permita estar mejor, que sea positivo, reparador, beneficioso para su estructura social?.

Conocer y reconocer cuales son los recursos, las redes y la historia, implica hablar de la autonomía progresiva de ese sujeto para ampliar el ejercicio de sus derechos.

S.F.: ¿Quién designa el letrado?

V.L.: La designación en principio cuando son adolescentes, las hacen los propios adolescentes. Hay un registro porque tiene que haber un semillero, un lugar a donde ir a buscarlos, un lugar en donde sepamos que esos abogados y abogadas están preparados para trabajar con niños, niñas y adolescentes. Además de ser competente en derecho de familia, penal y laboral deben tener una formación especializada para poder trabajar con niños y adolescentes.

En cuanto a la libertad de elección, considero que deben elegir libremente cuando tienen el grado de autonomía y madurez suficiente, pero si no pudieran elegir y designar, se podría hacer un sorteo y que se designe por sorteo. Si el niño no se siente cómodo con ese que le designaron, podrá sortearse otro.

S.F.: ¿Quién abona los honorarios del letrado?

V.L.: En la ley de Córdoba el Estado como garante de los derechos fundamentales.

Yo también creo que los progenitores pueden pagar con su plata las causas de familia porque son responsables en tanto tienen la obligación de alimentos en sentido amplio, y estos serían alimentos en sentido amplio. Nadie cuestiona que los padres tienen que pagar la educación, la salud, pero si tienen que pagar una asistencia letrada parece un escándalo. Es parte de la responsabilidad parental asegurar que puedan ejercer sus derechos.

Uno de los procedimientos que he llevado recientemente, regulan honorarios en la causa penal y le impone al Estado la obligación de pagar honorarios por tratarse de niños que no tienen representación alguna.

Hay otra causa del Magistrado Carlos Paz en la que regulan honorarios y se los imponen a los progenitores en carácter de alimentos extraordinarios, el 50% a cada uno, entendiendo que, si bien la ley de Córdoba dice que los va a pagar el Estado, como todavía no está reglamentada y no dice cómo va a ser el procedimiento para pagarlos, para resguardar esta cuestión de que nuestra

remuneración tiene carácter alimentario, toman esta vía que es totalmente posible y válida.

Hay también un expediente en Córdoba capital que toma como antecedente el de capacidad y en vez de imponer 50% y 50% a cada progenitor al lograrse la suspensión del régimen de comunicación, se le impone al progenitor que lo pague todo él.

Es una actividad muy reparadora, y cuando alguien me pregunta qué es ser abogado del niño, niña y adolescente siempre digo esto: Tomarlos de la mano y luchar con ellos hasta el final.