



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID
FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER DE ACCESO AL EJERCICIO DE
LA ABOGACÍA

Trabajo de Fin de Máster

**EL DERECHO DE LAS
NIÑAS Y LOS NIÑOS A
SER OÍDOS Y
ESCUCHADOS EN LOS
PROCESOS JUDICIALES**

**Asunto Iglesias Casarrubios y
Cantalapiedra Iglesias contra España.
Sentencia del 11 de octubre de 2016**

Departamento de Derecho Internacional

Alumna: África Granados Muñoz

Tutora: Myriam Fernández Nevado

Convocatoria: Febrero 2022

Tribunal: Ana Gemma López Martín, Emilio Suñé Llinás, Lidia Moreno Blesa.

Calificación: 9,5 (Matrícula de Honor)

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo el estudio y análisis del Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España ante el TEDH – sentencia del 11 de octubre de 2016 [Demanda n.º 23298/12]-, profundizando en el concepto de algunos de los derechos de los niños reconocidos en la Convención de Derechos sobre el Niño de Naciones Unidas y en las Observaciones Generales del Comité de la Convención, especialmente el derecho del niño a ser oído y escuchado en los asuntos que les afecten. Para ello, se examinarán los principios fundamentales que rigen la Convención y de qué manera se materializan en el derecho comunitario como en el derecho interno, que tendrán como finalidad última el interés superior del niño.

ABSTRACT

The objective of this paper is to study and analyze the Iglesias Casarrubios and Cantalapiedra Iglesias v. Spain case before the TEDH – Judgment 11 October 2016 [Application n.º23298/12]-, as well as to deepen the concept of some of the rights of children recognized in the Convention on the Rights of the Child, especially the right of the child to be heard and listened to in matters that affect them. To this end, the fundamental principles governing the Convention will be examined and how they are materialized in community law as well as in domestic law, which shall have the best interests of the child as their ultimate aim.

PALABRAS CLAVE

Convención de Derechos sobre el Niño, Observaciones Generales, Interés superior del niño, Derecho a ser oído y escuchado, Trámite de audiencia, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Prevención, Promoción, Protagonismo, Participación, Responsabilidad estatal, Guarda y custodia, Derecho de visita, Separación y divorcio, Protección, Malos tratos.

KEY WORDS

Convention on the Rights of the Child, General Comments, Best interests of the child, Right to be heard and listened to, Hearing procedures, European Convention on Human Rights, Prevention, Promotion, Protagonism, Participation, State responsibility, Guardianship and custody, Visiting rights, Separation and divorce, Protection, Abuse.

ÍNDICE

- I. **RELACIÓN DE ABREVIATURAS.**
- II. **INTRODUCCIÓN.**
- III. **CASO IGLESIAS CASARRUBIOS Y CANTALAPIEDRA IGLESIAS CONTRA ESPAÑA.**
 - 1. **Antecedentes de hecho.**
 - 2. **Derecho internacional aplicable.**
 - 2.1 *Convenio Europeo de Derechos Humanos y su guardián: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*
 - 2.2 *Normativa comunitaria en relación con el derecho de los niños a ser escuchados.*
 - 2.3 *Derecho a un proceso equitativo.*
 - 2.4 *Convención sobre los Derechos del Niño y las Observaciones Generales del Comité de la CDN.*
 - 2.4.1. *Interés superior del menor, principio y derecho.*
 - 2.4.2. *Derecho a ser escuchado, en relación con el interés superior del niño.*
 - 2.4.3. *Protección contra los malos tratos.*
 - 2.4.4. *Aplicación de los derechos reconocidos.*
 - 3. **Garantías procesales de la CDN para garantizar los derechos vulnerados, atendiendo al interés superior del niño.**
- IV. **CONCLUSIONES.**
- V. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. RELACIÓN DE ABREVIATURAS.

CC: Código Civil

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

OOGG: Observaciones Generales.

SS^a: Su Señoría

RAE: Real Academia Española

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

II. INTRODUCCIÓN.

Desde el Imperio Romano, el concepto de la infancia se ha percibido desde una relación vertical, en la que el padre – *pater familias* – siempre ha estado en una posición jerárquicamente superior y bajo el enfoque de la protección del niño, sin olvidar el sentido de la propiedad bajo la idea del “*dominus*” romano. Del mismo modo, la propia etimología de la palabra *infancia*, viene del latín *infans*, que significa “el que no habla”.

Más adelante, durante el transcurso de las distintas Revoluciones Industriales¹ se generaron situaciones en las que las condiciones laborales de las personas que trabajaban en las fábricas, tanto hombres como mujeres (incluso niños y niñas), eran realmente insalubres e inseguras². A raíz de esta situación, y concretamente como consecuencia de la situación laboral de las madres, quienes previamente tenían un papel exclusivo de cuidadoras y trabajadoras en el ámbito familiar, se empezó a plantear la visibilidad de los niños y las niñas. No obstante, fue hacia la Tercera Revolución Industrial cuando realmente se dio visibilidad a los niños y las niñas, una vez ya se habían incorporado las máquinas de vapor a la industrialización, teniendo las mujeres un trabajo mecánico en las fábricas.

Esta situación tan perjudicial para los niños hizo surgir en la sociedad una necesidad de protección de la infancia, de modo que la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, de 28 de febrero de 1924, sobre los Derechos del Niño.

Previamente y junto a la visibilidad de la infancia, iban emergiendo con ella algunos derechos de los niños y niñas. En este sentido, la primera sentencia que condenó el maltrato infantil se dictó en Nueva York en el año 1874. Se trataba de una niña que sufría malos tratos por parte de su padrastro. Era tan evidente que los vecinos decidieron denunciar, a pesar de que en ese momento no existía ninguna legislación concreta que protegiera a los niños del maltrato infantil. Sin embargo, un Juez de Nueva York asimiló la situación de la niña al maltrato que podría sufrir un animal (los cuales sí gozaban de

¹ A lo largo de la historia se han dado varias revoluciones industriales. La primera de ellas tiene lugar en la industria textil y siderúrgica, que surge en los años 1750 a 1850. La segunda revolución industrial se produce en materia metalúrgica durante los años 1850 a 1945. La tercera revolución industrial tiene lugar en el año 1945, en materia nuclear.

² GALINDO NEIRA Luis Eduardo y ORTIZ JIMÉNEZ José Guillermo. Economía y Política 2. Bogotá: Editorial Santillana, 2005. p.92-93.

una legislación que les protegiera contra el maltrato). De este modo, se aplicó la ley vigente contra el maltrato animal por analogía, condenando a un año de cárcel al padraastro³.

En este sentido, como consecuencia de la necesidad de dar visibilidad a los niños y las niñas, quienes habían sido considerados como un colectivo social insignificante, surge lo que actualmente conocemos como la Convención de Derechos sobre el Niño. Su origen se remonta tras la Segunda Guerra Mundial, momento en el que la presencia de la infancia en distintos ámbitos conduce a las Naciones Unidas a plantear la necesidad de crear una convención para los niños y las niñas, en la que se les reconociera como actores sociales y no como agentes sociales⁴.

No obstante, pese al gran avance y reconocimiento que está habiendo en esta materia, sigue existiendo cierta reticencia por parte de la sociedad en su conjunto – desde un punto de vista adultista – a la hora de consolidar estos derechos, y concebir al niño como un ciudadano con todos los derechos inherentes a su persona. En consecuencia, sigue habiendo Estados que conculcan los derechos de los niños y las niñas. Y aún en nuestros días, únicamente Estados Unidos, como miembro de Naciones Unidas, no ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño.

En 2016 España fue condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el “Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España”, señalando en su sentencia que España había vulnerado algunos de los derechos reconocidos por la Convención de Derechos sobre el Niño, siendo España Estado Parte de este tratado.

A raíz de análisis de este asunto en concreto, se conocerá en detalle los derechos de los niños y las niñas que se han visto conculcados: el derecho a ser oído y escuchado; a que su mejor interés sea una consideración primordial; la protección de los niños y niñas de los malos tratos y la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención y ratificados por el Estado Parte.

Finalmente, se tratarán las diversas garantías procesales integradas dentro de la legislación – comunitaria e interna – que tienen como finalidad avalar los derechos de los niños en los procedimientos judiciales.

³ Pérez Vaquero, C., (18 de julio de 2011). *La primera sentencia que condenó el maltrato infantil (1824)*. Criminología y justicia. <https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/>

⁴ UNICEF. *Historia de los derechos del niño*. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

III. CASO IGLESIAS CASARRUBIOS Y CANTALAPIEDRA IGLESIAS CONTRA ESPAÑA.

1. Antecedentes de hecho.

El caso Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias contra España se engloba dentro de un procedimiento de separación y divorcio de un matrimonio con dos hijas en común.

Primeramente, el 16 de octubre de 1999, el entonces marido de la Sra. Iglesias interpone una demanda de separación, la cual el Juzgado de Primera Instancia, el 30 de junio del 2000, resuelve estimándola y acordando así la separación. En relación con sus hijas menores de edad, la sentencia atribuye la guarda y custodia a la Sra. Iglesias Casarrubios, concediendo al padre un derecho de visita.

Paralelamente, en el marco de un proceso penal, se condena al padre por un delito de lesiones como consecuencia de haber propinado un golpe de fusta en la cara de una de las hijas, quien en ese momento tenía siete años. Asimismo, en este proceso consta la existencia de un informe pericial emitido por la clínica medico legal, en el que se informa de una conducta impulsiva y de descontrol por parte del padre, que en todo caso puede influir directamente de manera negativa a las niñas.

El 2 de febrero de 2003, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia suspendió el derecho de visitas del padre en base a los informes periciales psicológicos y los continuos desacuerdos con su esposa. Esta suspensión del derecho de visita fue dictada hasta en tres ocasiones por parte del Juez⁵.

En el año 2006, el marido de la demandante interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en aras de iniciar un procedimiento de divorcio. En este sentido, la Sra. Casarrubios se opuso a las medidas relativas a la guarda y custodia de sus hijas, así como a las consecuencias económicas del divorcio alegadas por su esposo.

En este proceso, la madre de las niñas solicitó que ellas fueran oídas y escuchadas. Esta petición la realizó en varias ocasiones: en la oposición de la demanda y en las audiencias realizadas el 5 de junio y 11 de septiembre del año 2007.

⁵ El Juez del Juzgado de Primera Instancia suspendió el derecho de visitas del padre en autos del 2 de abril y 13 de diciembre de 2004, y 12 de diciembre de 2005.

Frente a estas peticiones, el Magistrado-Juez de Primera Instancia ordenó que las menores fueran exploradas por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado. En este trámite, una de las niñas, que en ese momento tenía 11 años, solicitó que la entrevista con el equipo psicosocial fuera grabada, petición que fue denegada por el propio equipo, y finalmente la entrevista no se llevó a cabo. Por lo que, ni el equipo psicosocial exploró a las niñas, ni el Juez y el Ministerio Fiscal las escucharon personalmente.

El 17 de septiembre de 2007 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia acordando el divorcio, concedió la guarda y custodia de las menores a la demandante y atribuyó al padre un derecho de visitas limitado, de modo que únicamente podría encontrarse con sus hijas los fines de semanas alternos durante dos horas diarias en el Punto de Encuentro Familiar más cercano al domicilio de las menores y bajo supervisión.

La demandante, como consecuencia que sus hijas no habían sido oídas y escuchadas por el Juez – necesariamente en presencia del Ministerio Fiscal – ni por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, recurrió la sentencia dictada ante la Audiencia Provincial de Madrid alegando que se había vulnerado la Convención sobre los Derechos del Niño, concretamente el artículo 12⁶. Previamente a la resolución de dicho recurso ante la Audiencia Provincial, el Juez de Primera Instancia, habida cuenta de los continuos desacuerdos entre los padres de las menores, en fecha 12 de junio de 2008 dictó auto solicitando a los servicios sociales un informe para evaluar la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de las menores a su padre, un tercero o institución de acogida.

El 25 de junio de 2008 la demandante recurrió este auto mediante recurso de reposición en el que adjuntaba dos cartas, una de cada menor, dirigidas al Juzgado de Primera Instancia. En ellas describían expresamente sus quejas por no haber sido oídas y escuchadas por el Magistrado-Juez de Primera Instancia, y su necesidad de ser oídas y escuchadas por el Juez y el Ministerio Fiscal en sede judicial. Del mismo modo, trasladan su sensación de angustia por las medidas de guarda y custodia que podían imponerse

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículo 12: “1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

respecto de su padre. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid no se pronunció en la sentencia que resolvía el recurso planteado respecto a estas peticiones.

El 30 de septiembre de 2010 el Tribunal finalmente desestimó el recurso, confirmando así la sentencia que había sido recurrida. Asimismo, se omitía absolutamente la falta del trámite de audiencia de las menores durante el procedimiento instado tanto en el Juzgado de Primera Instancia como en la Audiencia Provincial de Madrid. Esta decisión fue recurrida por la demandante interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal ante la misma Audiencia Provincial, alegando la omisión de la audiencia a las menores, sin embargo, el 12 de noviembre de 2010 fue inadmitido a trámite.

El 19 de octubre de 2011 el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de amparo que interpuso la demandante, que se basaba en las quejas que ella misma había formulado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”). El motivo de la inadmisión fue la carencia del requisito de especial trascendencia constitucional.

Finalmente, el 10 de abril de 2012 la demandante interpuso demanda ante el TEDH alegando la violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) que recoge el derecho a un proceso equitativo⁷. Las pretensiones de la demandante radicaban en que se reconociera por parte del tribunal internacional que España había violado tanto la legislación interna como la normativa comunitaria, en materia de derecho procesal y derecho sustantivo.

⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979. Artículo 6.1: “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 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 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 en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

2. Derecho internacional aplicable.

2.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos y su guardián: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue firmado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. La finalidad principal de este tratado internacional es preservar y garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales en los países europeos.

En aras de garantizar su finalidad principal, fue creado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano que se encarga de enjuiciar todas aquellas violaciones de los derechos humanos inherentes a los ciudadanos. Se trata en última instancia de la máxima autoridad para enjuiciar las violaciones de todos aquellos derechos que se reconocen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, derechos que son considerados como “estándar mínimo de garantía”, no sólo de la Unión Europea, sino también de la legislación interna⁸.

A estos efectos, el TEDH no impone a los Estados un determinado sistema jurídico, sino que les ofrece la discrecionalidad suficiente para que estos sean los que elijan dentro de su autonomía los mecanismos para garantizar que sus ordenamientos internos se ajusten al Convenio.

España firmó este Convenio el 24 de noviembre de 1977, entrando en vigor el 10 de abril de 1979⁹. Desde entonces, se encuentra formalmente obligada a cumplir y velar por los derechos consagrados en esa normativa internacional, ergo puede ser enjuiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso de violación de alguno de esos derechos. Es decir, desde ese momento España reconoce la competencia del TEDH, así como el Convenio forma parte de nuestra legislación interna, de modo que debe ser aplicado como tal.

⁸ Monereo Pérez, J.L. (2012): *Alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 52)* y *“Nivel de protección en el sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales (Artículo 53)*. Editorial Comares. Págs. 1341 y sigs. y 1397 y sigs.

⁹ Council Of Europe Portal. Treaty Office. Chart of signatures and ratifications off Treaty 005. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=005>

En este sentido, las sentencias del TEDH tienen fuerza obligatoria. El CEDH en su artículo 46 impone la obligación a los Estados Parte de respetar y cumplir las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Asimismo, el Reglamento de Procedimiento del TEDH, establece en sus artículos 44-A, la obligación de los Estados Parte de cooperar con el TEDH, de modo que deberán aplicar todas las disposiciones normativas que considere adecuadas¹¹. Adicionalmente, en caso de que un Estado Parte no cumpla con lo establecido en una resolución emitida por el TEDH, el Presidente de la Sala podrá aplicar las medidas que considere convenientes¹².

En esta línea, la normativa española señala en el artículo 96.1 de la Constitución Española que los tratados internacionales que España forme parte, tras su publicación en España, se integrarán automáticamente en nuestro ordenamiento interno, ergo deberá aplicarse del mismo modo¹³.

2.2 Normativa comunitaria en relación con el derecho de los niños a ser escuchados

En este caso en concreto, debemos mencionar algunos de los preceptos de distintos textos normativos comunitarios. En este sentido, no podemos olvidar mencionar la Carta de los Derechos Fundamentales, en concreto su artículo 24, el cual recoge expresamente el derecho del menor a expresar libremente su opinión, y añade en su

¹⁰ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979. Artículo 46: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

¹¹ Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 de agosto de 2018. Artículo 44-A. Obligación de cooperar con el TEDH. “Las partes tienen la obligación de cooperar plenamente en el desarrollo del procedimiento y, en particular, la de adoptar las disposiciones a su alcance que el TEDH considere necesarias para la buena administración de la justicia. Esta obligación se aplica igualmente, en su caso, a las Partes Contratantes que no son parte en el procedimiento”.

¹² Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 de agosto de 2018. Artículo 44B33 - Incumplimiento de una resolución del TEDH. “Cuando una parte no dé cumplimiento a una resolución del TEDH relativa al desarrollo del procedimiento, el Presidente de la Sala podrá tomar cualquier medida que juzgue oportuna”.

¹³ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Artículo 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”.

segundo apartado que el interés superior del menor debe ser considerado como una cuestión primordial¹⁴.

Del mismo modo, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño integra determinadas medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos del niño, contemplando entre estas medidas en el artículo 3 el derecho de ser informado y expresar su opinión. La disposición establece expresamente que el niño deberá ser consultado en los procesos judiciales que le afecten¹⁵, en consonancia con la Convención de Derechos sobre el Niño así como la Observación General núm. 12, del Comité de Derechos del Niño (relativa al derecho del niño a ser escuchado). De esta manera se refleja una garantía no sólo en el ámbito internacional sino también en el ámbito comunitario.

Por último, debemos recordar la Carta Europea de los Derechos del Niño en la que del mismo modo, reconoce el derecho del niño a expresar su opinión, señalando lo siguiente: “Todo niño tiene derecho a recibir y a divulgar ideas e informaciones, así como a expresar su opinión”¹⁶.

2.3 Derecho a un proceso equitativo.

En el caso expuesto en este trabajo, la razón principal por la que la demandante acude al TEDH es que considera totalmente conculcado el derecho a un proceso

¹⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. Artículo 24: “1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

¹⁵ Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Ratificado por España el 5 de diciembre de 1997. *BOE núm. 45*, de 21 de febrero de 2015. Artículo 3. Derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos. 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”.

¹⁶ Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992. *DOCE núm. 241*. Párr. 17.

equitativo. La razón de esta vulneración es la negativa de los jueces a escuchar el testimonio de sus hijas menores en el proceso de divorcio y la ausencia de respuesta a sus peticiones a estos efectos. Este derecho se encuentra recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y establece lo siguiente:

“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 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 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 en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

Sólo cumpliendo con lo establecido en este artículo puede obtenerse la tutela judicial efectiva por parte de los Jueces y Tribunales. En este sentido, no se trata de un derecho genérico o ambiguo, sino que se constituye por una serie de garantías procesales que tienen como finalidad fortalecer y proteger los derechos establecidos en el Convenio.

En este caso, atendiendo al tenor literal del artículo citado anteriormente, la finalidad última de que una persona sea escuchada y oída en el proceso es garantizarle su derecho al acceso a la justicia. Este derecho debe ser entendido como un derecho “concreto y efectivo”, no puede considerarse como un derecho abstracto o puramente teórico. Se trata en última instancia de que la parte del proceso tenga la posibilidad de impugnar aquello que considere que vulnera sus derechos¹⁷.

En todo caso, serán los Estados Parte quienes deben garantizar, por todos los medios oportunos, que los mandatos recogidos en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”) surtan efecto jurídico en su jurisdicción¹⁸. De este modo, se

¹⁷ STEDH de 28 de junio de 2018, asunto Vathacos c. Grèce; también, con anterioridad, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres; Bellet c. France, 4 décembre 1995; Nunes Dias c. Portugal, nº 2672/03 y 69829/01.

¹⁸ Observación general Nº 5 (2003), 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). Página 8.

traslada individualmente esa posición de garante de las normas internacionales a los jueces y magistrados en el ámbito judicial y, por supuesto, la protección de los derechos de los niños.

En nuestra legislación interna el derecho de acceso a la justicia se contempla en nuestra Carta Magna, la Constitución Española de 1978, concretamente en el Título I, Capítulo Segundo, Sección 1º, donde se contemplan los derechos fundamentales y libertades públicas. Este derecho se recoge en el artículo 24.1:

“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”.

Cabe recalcar que no se contempla ninguna distinción subjetiva para este derecho, puesto que contempla como titulares de éste a “todas las personas”, por lo que, en este caso, los niños también son titulares de estos derechos fundamentales.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta el artículo 1.1 de nuestra Constitución, en el que se establece que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. En este sentido, los niños y las niñas deben formar parte de la democracia que se promulga, de modo que sean considerados como actores sociales individuales, y por ende como ciudadanos.

Por último, no debemos olvidar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 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”. Los niños y las niñas no pueden ser objeto de discriminación, no sólo por las razones concretas recogidas en este precepto, sino que tampoco puede seguir conservando esa verticalidad de sus derechos en relación con los derechos del resto de ciudadanos.

2.4 Convención sobre los Derechos del Niño y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y fue ratificada por España el 30 de noviembre del mismo año, entrando en vigor en nuestro país el 5 de enero de 1991.

La esencia principal de este texto normativo es, en definitiva, el interés superior del menor [*the best interest of the child*]. Todo ello se construye a partir de un conjunto de cincuenta y cuatro artículos que engloban todos aquellos derechos, cuya titularidad corresponde a los niños y niñas menores de edad, dependiendo de la mayoría de edad regulada en cada Estado parte.

La naturaleza internacional de la CDN, y a su ratificación por parte de los Estados que la han firmado, la convierte en una disposición normativa de carácter obligatorio para estos. De este modo, los Estados Parte adoptan, en última instancia, una posición de garantes para promover este cumplimiento en su jurisdicción.

Del mismo modo, serán los Estados parte los encargados de informar al Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas en todos los ámbitos (sociales, administrativos, económicos, legislativos...) implementados en aras de cumplir con la Convención de los Derechos del Niño.

Los principios fundamentales de esta Convención son cuatro: El primero de ellos atiende a la no discriminación. A estos efectos, se entiende que todos los niños tienen los mismos derechos, con independencia de su raza, sexo, religión, ideología de los padres o cualquier otro factor. El segundo principio atiende al interés superior del niño y la niña: este principio consiste en que deberá tenerse en cuenta el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, de carácter holístico, a la hora de tomar cualquier decisión que pudieran afectarles. El tercer principio abarca el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo. Por último, el cuarto principio defiende la participación de los niños, de modo que tienen derecho a que se les consulte sobre aquellas situaciones que puedan afectarles.

Sobre estos principios, se construyen los derechos de los niños y niñas contemplados en esta Convención. En el caso Casarrubios contra España se consideran conculcados determinados artículos de la Convención:

En primer lugar, y tratándose este derecho además como uno de los principios fundamentales, se vulnera el **artículo 3** referente al principio de interés superior del

menor¹⁹. Atendiendo a este principio, todas las medidas derivadas del proceso de divorcio de sus padres y que afecten directamente a las menores deberán basarse en su interés superior. En este caso el Magistrado-Juez ignora absolutamente este principio al no tener en cuenta en este procedimiento las circunstancias de la relación de las niñas con su padre, concretamente a la hora de tomar una decisión sobre su derecho de visitas.

En segundo lugar, se considera vulnerado el derecho a ser escuchado, contemplado en el **artículo 12** de la Convención. Este precepto otorgaba a las niñas el derecho a ser oídas y escuchadas expresando su opinión sobre todas las decisiones a tomar que les afecten, teniendo en cuenta dos criterios: su edad y su madurez²⁰. A estos efectos, este derecho fue vulnerado en varias ocasiones. La primera de ellas en el Juzgado de Primera Instancia, ya que no se llevó a cabo el trámite de audiencia por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado ni por el Juez, en presencia del Ministerio Fiscal. La segunda vulneración del derecho tiene lugar en segunda instancia ante la Audiencia Provincial, a raíz del recurso de reposición formulado contra un auto del Juzgado, y en el que se adjuntan dos cartas de las niñas solicitando de nuevo que fueran oídas y escuchadas.

En tercer lugar, se considera vulnerado el **artículo 19** de la Convención, el cual protege a los menores contra los malos tratos ocasionados por su padre o madre, o

¹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículo 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. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

²⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículo 12. “1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

cualquier persona que se encargue de su cuidado²¹. Es el Estado español el encargado de velar y proteger a las niñas en este caso, contra cualquier maltrato, mientras estén bajo la patria potestad, de cualquiera de sus progenitores. Y por supuesto, durante los periodos de la guardia y custodia según los términos de la sentencia.

En este sentido, paralelamente al proceso de separación, el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid condenó al padre de las niñas por un delito de lesiones por haber propinado un golpe de fusta en la cara a su hija mayor, que en ese momento tenía 7 años. Sin embargo, pese a estas violentas circunstancias, el Juez de Primera Instancia otorgó el derecho de visitas de éstas con su padre bajo las condiciones recogidas en la sentencia. Llegando incluso, un año más tarde, el Juez planteó mediante auto la conveniencia de atribuir la guarda y custodia de las niñas al padre. A estos efectos, el Juez vulneró claramente la disposición consagrada en la Convención, que protege a los niños y las niñas contra los malos tratos que puedan sufrir mientras se encuentran bajo la guarda y custodia de sus padres.

En cuarto y último lugar, se vulnera el **artículo 4** de la CDN, el cual obliga a los Estados a la aplicación de los derechos consagrados en la Convención, de modo que son los Estados quienes deben adoptar todas las medidas necesarias para que los derechos recogidos en la Convención sean efectivos²².

²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículo 9. “1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

²² Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículo 4. “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Atendiendo a este precepto y expuestas las vulneraciones de los derechos mencionados anteriormente, se concluye que los jueces y magistrados de primera y segunda instancia no han aplicado los derechos consagrados en la Convención.

2.4.1. *Interés superior del menor, principio y derecho.*

El **artículo 3** de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho del niño a que sea considerado su interés superior como un aspecto primordial en todas aquellas medidas tomadas por agentes administrativos o judiciales y que le afecten de alguna manera. No sólo se trata de un derecho, sino que coincide con uno de los principios fundamentales de la Convención, por lo que la aplicación del resto de derechos deberá pasar por el prisma de este principio.

Para determinar el concepto de interés superior del menor, el Comité señala tres modos de enfocar su definición:

Por un lado, se trata de un derecho sustantivo que consiste en que se evalúe de manera fundamental el interés del niño en el momento de llevar a cabo la decisión sobre una medida que pueda afectarle. Se trata de un derecho de carácter absolutamente obligatorio para los Estados Parte, por lo que permite invocarse por los niños (sus representantes legales, en su caso) en los tribunales.

Por otro lado, es un “principio jurídico interpretativo fundamental”. Es decir, en el caso que en el tenor literal de los derechos sobre el niño pueda considerarse que existe ambigüedad o puede interpretarse de distintos modos, se optará por la interpretación más beneficiosa para el niño, atendiendo en todo caso a su interés superior. La finalidad última del interés superior del niño es ofrecer una garantía para que pueda disfrutar plena y efectivamente de los derechos reconocidos en la CDN. En este sentido, el Comité señala que el juicio adultista sobre este concepto no puede invalidar el respeto obligatorio de todos estos derechos. En la Convención, a diferencia de otros textos normativos, no existe ningún tipo de jerarquía entre los derechos reconocidos, ya todos y cada uno de ellos responden al interés superior del niño, por lo que en ningún caso alguno de estos derechos se podrá ver afectado por una interpretación negativa²³.

²³ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), de 29 de mayo de 2013. Pág. 9.

En cualquier caso, para que exista una plena y efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la Convención, se requiere que la participación activa infantil para velar por el cumplimiento de estos derechos, la cual se concreta en que el niño o la niña tenga la oportunidad de dar su opinión sobre un asunto que le afecta, como por ejemplo es el caso de las medidas de guarda y custodia en un procedimiento de separación o divorcio de sus progenitores. Del mismo modo, los agentes de los Estados Parte deberán promover estos derechos, para que en todo caso se fomente el libre crecimiento y desarrollo de los niños que se encuentran en su jurisdicción.

Por último, es una “norma de procedimiento”. En el marco de un procedimiento judicial, cuando deban adoptarse medidas que afecten a los niños, deberá considerarse y evaluarse el alcance de estas, valorando si sus efectos son positivos o negativos para el niño, y para ello, se integrarán garantías procesales. Los Estados, cuando decidan sobre este tipo de medidas, deberán en todo caso justificar que su decisión se ha tomado atendiendo al interés superior del menor, los criterios que ha tenido en consideración para ello y la ponderación de los intereses del menor²⁴.

España, como Estado Parte de la Convención, no sólo debe respetar este principio, sino que también debe promover que se haga efectivo, de modo que deberá asegurar y garantizar mecanismos dentro de sus instituciones públicas y privadas, tanto en el ámbito jurídico como en el administrativo, que velen por el cumplimiento de la aplicación de las normas, en todo caso respetando el interés superior del niño.

A estos efectos, el Comité de los Derechos del Niño elabora la Observación General núm. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, del año 2013. En esta Observación se señalan que obligaciones concretas se establecen para los Estados, como garantes y responsables del respeto y cumplimiento del artículo 3 de la CDN.

En primer lugar, los Estados Parte tendrán la obligación de integrar en su ordenamiento jurídico todas las medidas adecuadas para que la administración pública y la administración de justicia velen por el interés superior del niño, especialmente en

²⁴ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), de 29 de mayo de 2013. Pág. 4.

aquellos procesos que repercutan al niño. Asimismo, los Estados deberán garantizar su aplicación sistemática de todas las medidas que velen por el interés superior del niño.

En este sentido, la legislación española contempla expresamente el interés superior del menor en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, “LOPJM”)²⁵. Tanto la Convención como la legislación española recogen un concepto similar, pero no idéntico, respecto al interés superior del niño. La Convención, en su versión original, reconoce el concepto como *the best interest of the child*, entendiéndose su traducción literal como *el mejor interés del niño*. Sin embargo, nuestro derecho interno lo regula como *el interés superior del niño*. El origen del concepto reconocido en la Convención tiene lugar en la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, en la que se establece que al niño se le deberá dar lo mejor entre todas las opciones que existan²⁶.

Por ejemplo, en este caso, España tiene, y ha cumplido, la obligación de integrar en su ordenamiento jurídico el derecho del niño a ser oído y escuchado, no obstante, ha incumplido en la aplicación de esta medida, puesto que finalmente las niñas no fueron oídas ni escuchadas, ni por el Juez junto con el Ministerio Fiscal ni por el equipo psicosocial.

En segundo lugar, los Estados Parte están obligados a justificar y dejar constancia que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño en todas las decisiones que tomen de índole judicial, administrativa, política o cualquier decisión que afecte al niño. Es decir, se trata de una decisión motivada en la que debe exponer de qué modo se ha valorado el interés superior, concretamente exponer con que sistema o mecanismo, así como de qué manera se ha tenido en cuenta para tomar la decisión.

²⁵ 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 (1996). *Boletín Oficial del Estado* núm. 15, de 17 de enero de 1996. Artículo 2.1: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

²⁶ Declaración de Ginebra, de 18 de febrero de 1924: “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia”.

En el asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España, se incumple en varias ocasiones esta obligación por parte de España. En un primer momento, en el marco del proceso de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia acordando medidas de guarda y custodia, y derecho de visita del padre, que evidentemente afectaba a las niñas, sin embargo, ya no sólo es que se vulnerara su derecho a ser oídas y escuchadas, sino que la propia sentencia no justificó ni de qué manera se había valorado su interés superior, ni por qué razón finalmente no habían sido escuchadas por el Magistrado-Juez junto con el Ministerio Fiscal, o a través del equipo psicosocial adscrito al Juzgado.

De igual manera España incumplió esta obligación cuando el Juzgado de Primera Instancia dictó auto solicitando a los servicios sociales informe sobre la conveniencia de atribuir la guarda y custodia a su padre o un tercero. Habida cuenta de ello, la madre interpuso recurso de reposición contra ese auto, adjuntando dos cartas de las niñas solicitando que fueran escuchadas por el Magistrado-Juez junto con la Fiscalía.

Una vez más los órganos judiciales resuelven sin justificación ni valoración del interés superior de las niñas, pues la Audiencia Provincial de Madrid resuelve desestimando el recurso y confirmando la sentencia de divorcio incluyendo las medidas relativas al derecho de visita del padre. Tan es así que ni siquiera la Audiencia Provincial se pronuncia acerca de la solicitud de las niñas para ejercer su derecho a ser escuchadas, a sabiendas de las consecuencias que las visitas con su padre podrían traer.

En tercer y último lugar, los Estados también están obligados a verificar que el interés superior del niño ha sido correctamente evaluado, considerándolo como un aspecto fundamental para la toma de decisiones de carácter público o privado que afecten o repercutan al niño de alguna manera²⁷.

En este sentido, como se comenta previamente, no sólo es el Magistrado-Juez de Primera Instancia el que no cumple con sus obligaciones de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Convención y legislación interna respecto de los derechos sobre el niño. Es además la Audiencia Provincial de Madrid, conocido el supuesto de hecho y teniendo constancia mediante las cartas adjuntas al recurso de reposición, de la queja de las niñas

²⁷ Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), de 29 de mayo de 2013. Pág. 5 y siguientes.

de no haber sido escuchadas en primera instancia. De este modo, no verifica que se ha evaluado correctamente el mejor interés de las niñas, puesto que desestima directamente el recurso sin mencionar siquiera este aspecto.

En suma, el interés superior del niño no sólo se trata de un derecho concreto, sino se trata de uno de los principios primordiales en los que debe basarse la aplicación del resto de derechos recogidos en la Convención de Derechos sobre el Niño. A continuación, analizaremos los siguientes derechos que se han visto conculcados por parte de España, como Estado Parte de la Convención, de modo que ha inobservado las responsabilidades descritas anteriormente.

2.4.2. Derecho a ser oído y escuchado, en relación con el interés superior del niño.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos sobre el Niño establece: “Los Estados Parte 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”. Y continúa diciendo: “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”.

Ambos epígrafes son complementarios entre sí, puesto que, por un lado, se pretende velar por el interés superior del niño y, por otro lado, plantea el procedimiento para hacer efectivo el derecho a que los niños sean escuchados a efectos de tenerlos en cuenta para aquellos asuntos que les afecten.

Asimismo, en relación con esta disposición normativa, debe diferenciarse el concepto de ser oído y de ser escuchado que se reconoce en esta Convención. Estos derechos se encuentran integrados dentro del principio de participación que rige en la CDN. Se trata de un derecho y principio íntimamente vinculado con el resto de los derechos reconocidos en la Convención, ya que se trata de un factor de valoración a la hora de interpretar esos derechos reconocidos y que estén en juego.

A estos efectos, el derecho de los niños y niñas a ser oídos y escuchados implica que éstos tengan la facultad y oportunidad de expresar su opinión, así como que ésta se

tenga debidamente en cuenta en los asuntos que les afecten, para lo que se valorará en cualquier caso su edad y madurez. Sólo de esta manera se reconoce a los niños y niñas como **protagonistas activos**, en tanto que son emplazados para que participen en los procesos en los que se diluciden medidas o decisiones que les afecten. Así, adoptan un papel de ciudadanos con sus propias opiniones, las cuales deberán tenerse en consideración – en función de su edad y madurez²⁸.

El derecho interno contempla este derecho como el “derecho a ser oído”, sin embargo, este plantea ciertos matices o diferencias respecto el “derecho a ser escuchado” que reconoce la Convención. El primer término que recoge la RAE respecto al verbo oír es *percibir con el oído los sonidos*. Por el contrario, el primer término de la RAE respecto la palabra “escuchar” es *prestar atención a lo que se oye*. En este sentido, se entiende por tanto que el concepto de escucha de la Convención es mucho más exigente, porque no sólo implica que la opinión de la niña o el niño sobre los asuntos que le afectan sea escuchada, sino que implica que ésta se incorpore en la decisión que finalmente se tome. Es decir, deberá justificarse y relacionarse debidamente la medida o decisión que sea tomada, y en caso de que esta dirima de la opinión del menor, deberá incorporar una justificación de las razones por las cuales no se ha tenido en cuenta, teniendo en cualquier caso su interés superior como consideración primordial²⁹.

Este derecho debe relacionarse directamente con el principio general de la Convención anteriormente descrito. Para poder llevar acabo una adecuada evaluación del cumplimiento de estos principios generales, debe garantizarse en primer lugar el respeto del derecho del niño a que exprese su opinión de manera libre, con la finalidad última de se tenga en consideración en los procedimientos administrativos y judiciales respecto a las situaciones que puedan afectarle³⁰.

En este caso, tanto la madre como las propias niñas solicitaron el ejercicio del derecho a ser escuchadas por el Magistrado-Juez. Desde un principio se deja patente la mala relación que existe entre el padre y sus dos hijas. Tan es así que paralelamente al principio del proceso de separación, consta que existe una condena penal al padre de las

²⁸ Defensor del Pueblo. “*Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de las medidas de protección y procesos de familia*”. Editorial MIC. Madrid. 2014, pág. 13.

²⁹ Defensor del Pueblo: “*Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...*”, op. cit., pág. 14.

³⁰ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), de 29 de mayo de 2013. Página 11.

niñas por haber propinado un golpe de fusta en la cara a una de sus hijas, que en ese momento tenía 7 años. En ese expediente consta de un informe psicológico pericial que afirma que el padre tiene una conducta impulsiva y desproporcionada que debe controlar. Adicionalmente, es relevante tener en cuenta que el derecho de visita del padre fue suspendido en repetidas ocasiones, ya que en último término repercutía de manera significativamente negativa a las niñas.

Estos elementos de conductas violentas, y malestar general en la relación entre el padre y las hijas son factores adicionales para tener en cuenta y entrar a valorar la opinión de las hijas en aras de tomar una decisión sobre la guarda y custodia, o derecho de visita respecto a su padre. Fue la madre, en oposición a la demanda de divorcio interpuesta por el padre, especialmente por razón de las medidas de guarda y custodia, quien solicitó a SS^a que sus hijas, de 11 y 13 años, fueran oídas y escuchadas en el procedimiento.

En este sentido, el artículo 12 de la CDN señala que será necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Ambos elementos evaluados en conjunto son determinantes para delimitar la capacidad del niño para tener su propio juicio. Se trata sin duda de una evaluación subjetiva, sujeta a determinar que la opinión del niño sea razonable e independiente. Si bien es cierto que este precepto da lugar a diversas interpretaciones, la normativa vigente en ese momento establecía un parámetro mucho más concreto, señalando que los niños mayores de doce años debían ser escuchados en todo caso³¹.

El Juez, a estos efectos, ordenó que las oyera el equipo psicosocial, sin hacerlo él personalmente. Para el desarrollo de este acto, la menor de 11 años solicitó que la entrevista con el equipo fuera grabada, a lo que recibió una respuesta negativa, y finalmente no se llevo a cabo dicha exploración. Por lo que, en definitiva, ninguna de las dos niñas fue escuchada ni por el Magistrado-Juez junto con el Ministerio Fiscal, ni por

³¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (2000). *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, de 8 de enero del 2000. Artículo 770. “Las demandas de separación y divorcio (...) se sustanciarán por (...) las siguientes reglas: (...) 4a. (...) Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá [por parte del Juez] a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario (...)”

el equipo psicosocial. Sin embargo, esto no fue un impedimento para SS^a dictando sentencia de divorcio y acordando la patria potestad para ambos padres, la guarda y custodia para la madre, y un derecho de visita restringida para el padre, consistente en una visita de 2 horas diarias los fines de semana alternos en el Punto de Encuentro Familiar más próximo al domicilio de las niñas.

Asimismo, es relevante comentar el hecho de que el Juez se limitara a redirigir a las niñas al equipo psicosocial para que fueran escuchadas. Sin embargo, el propio Comité de los Derechos del Niño recomienda que, siempre y cuando sea posible, se dé la oportunidad al niño de que sea escuchado directamente en todo procedimiento³². Lo que significa que ha de ser en sede judicial con todas las garantías procesales internas de cada Estado. Y para ello, España tiene las siguientes garantías:

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”), en su artículo 749 establece que *en los procesos sobre [...] nulidad matrimonial, [...] 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 a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor[...].*

Este artículo ha sido objeto de reforma, cuya actualización entró en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021. No obstante, en el momento que tuvieron lugar los hechos del Asunto Iglesias Casarrubios contra España, estaba en vigor este artículo con el texto original de la Ley, que establecía lo siguiente: *1. En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial 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. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.* En este sentido, podemos ver como se introduce

³² Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. Pág. 12.

expresamente que el Ministerio Fiscal actuará como garante por el interés superior del menor, de modo que su principal función será la **promoción** de los derechos de los niños en los tribunales.

Del mismo modo, el artículo 770 del mismo cuerpo normativo establece que en los procesos de separación y divorcio, los niños que aún no hayan cumplido los doce años tendrán la posibilidad de ser oídos y escuchados, y deberán ser oídos en todo caso cuando hayan alcanzado la edad de doce años³³.

Por otro lado, el Código Civil (en adelante, “CC”), en el Capítulo IX, relativo a la nulidad, separación y divorcio, en su artículo 92.6 impone la obligación de haber oído a los menores previamente al establecimiento del régimen de su guarda y custodia, ya no sólo cuando este trámite de audiencia se considere necesario, sino también cuando sea solicitado por el Fiscal, sus padres, el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, o incluso por el propio menor. Del mismo modo, en su artículo 154.3 dispone la obligatoriedad de que los menores con suficiente madurez que estén bajo la patria potestad de sus progenitores deberán ser oídos en los asuntos que les afecten³⁴.

También la LOPJM, en su artículo 9³⁵, contempla el derecho a ser oído y escuchado del menor. La redacción de este precepto se rige por el principio de

³³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, de 8 de enero del 2000. Artículo 770: “Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas: [...] Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. [...] En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario [...]”.

³⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil (1889). *Gaceta de Madrid* núm. 206. Artículo 154.3: [...] “Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”.

³⁵ 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 (1996). *Boletín Oficial del Estado* núm. 15, de 17 de enero de 1996. Artículo 9. 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter

participación – en el sentido que exige, por un lado, una escucha activa (“el menor tiene derecho a ser oído y escuchado” [...] “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones” – y el principio de protagonismo – en tanto que “se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo”–.

En esta misma línea, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria contiene en su artículo 85 el trámite de audiencia del menor con carácter obligatorio en los procesos que esté en juego la patria potestad, siempre y cuando éste tenga una edad igual o superior a doce años, de lo contrario no será obligatorio³⁶.

Así, también la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en su artículo 24.3 incluye la necesidad de tomar en consideración la opinión del menor de edad en aras de poder llevar a cabo un procedimiento de evaluación en caso de haber sido víctima de un delito³⁷.

Expuesto lo anterior, es evidente que SS^a incumple tanto la normativa interna como la normativa internacional que vela por los derechos del niño, concretamente en los procesos de separación y divorcio.

A tenor de la Observación núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, sin duda, el derecho de visitas se trata de un asunto que

preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

³⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Boletín Oficial del Estado núm. 158, de 3 de julio de 2015*. Artículo 85: “1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados”.

³⁷ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. *Boletín Oficial del Estado núm. 101, de 28 de abril de 2015*. Artículo 24.3: “3. En el caso de las víctimas que sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, su evaluación tomará en consideración sus opiniones e intereses”.

afecta directamente a las niñas, por lo que su derecho a ser escuchadas es una condición básica y elemental que deberá ser respetada en todo momento³⁸.

El objetivo principal de que las niñas tuvieran la oportunidad de ser escuchadas, antes de tomar una decisión acerca de las medidas de guarda y custodia o derecho de visitas con el padre, es básicamente que el Magistrado-Juez tuviera conocimiento y pudiera valorar la relación que tenían en ese momento. De este modo, tras una entrevista con ellas podría valorar esa relación negativa como elemento subjetivo, y las conductas violentas que ejercía contra las niñas como elemento objetivo y probado en un proceso penal respecto una de las niñas. De tal modo, la sentencia dictada que resolvía permitiendo ese derecho de visitas al padre podría haber sido favorable atendiendo al mejor interés de las niñas.

El derecho de las niñas a ser escuchadas brinda la oportunidad del principio de participación en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte. Expuesto lo anterior, claro está que la primera oportunidad de ser escuchadas finalmente no se llevó a cabo. No sólo con eso, cuando la madre recurre el auto en el que SS^a realiza la petición mencionada a los servicios sociales, adjunta en el recurso dos cartas de las niñas donde expresaban su opinión sobre la angustia que les generaba la posibilidad de que su padre obtuviese su guarda y custodia. Asimismo, se quejaban de que ninguna de ellas había sido finalmente escuchada en el proceso, y aclaraban que una de ellas ni siquiera había sido reconocida por el equipo psicosocial, solicitando en última instancia que fueran exploradas por el Magistrado-Juez y por la Fiscalía.

Posteriormente, en Segunda Instancia, las niñas tenían 12 años y tres meses, y 15 años. Atendiendo a la legislación interna vigente en ese momento, en los procesos de separación y divorcio que decidan sobre asuntos que afecten a los niños, los mayores de 12 años deberán ser escuchados en todo caso. Sin embargo, el Tribunal de la Audiencia Provincial de Madrid, también debería haber velado por el mejor interés de las niñas, estimando el recurso y retrotrayendo las actuaciones correspondientes para darles a las niñas la oportunidad de ser escuchadas previamente a la toma de decisión acerca de la guarda y custodia y el derecho de visitas del padre.

³⁸ Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. Pág. 11.

La Observación General N°12 señala algunas obligaciones determinadas de los Estados en procedimientos judiciales concretos. En este caso, interesa precisar las obligaciones respecto del derecho de ser escuchado de los niños que tiene España como Estado Parte de la Convención en los procedimientos de separación y divorcio. En estos casos, los hijos de las partes de un proceso de separación y divorcio se ven inevitablemente afectados por las medidas que se tomen en los tribunales, especialmente respecto a las medidas de guarda y custodia, derechos de visita, y cualquier otro asunto que les concierna directa o indirectamente. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño establece que el Estado debe incluir en su propia legislación el derecho a ser escuchado de los niños por aquellos agentes que se encarguen de tomar las medidas correspondientes, y por tanto se trata de un derecho que debe ser efectivo³⁹.

El Comité de Derechos del Niño establece la necesidad de prever en la legislación interna un mecanismo de denuncia y distintos cauces para recurrir en el caso que el derecho de los niños a ser escuchados se haya pasado por alto y, por ende, hayan visto conculcados sus derechos. Es decir, para que los derechos recogidos en la Convención tengan sentido, la legislación interna debe habilitar recursos que sean efectivos para llevar a cabo una reparación de la vulneración del derecho. Serán los Estados, en cada proceso concreto, quienes se encarguen de que para los niños y sus representantes exista la vía de recurso efectiva para que en cualquier caso pueda entrarse a valorar la opinión del niño respecto de los asuntos que le afecten⁴⁰.

Cuando el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de divorcio, y atribuyó al padre derecho de visitas a las niñas, éstas no fueron oídas, por lo que no se tuvo en cuenta su opinión para decidir sobre este asunto, que claramente les afectaba. En ese momento, la progenitora interpuso recurso contra esa sentencia ante la Audiencia Provincial, haciendo alusión concretamente a la vulneración de su derecho a ser escuchadas. Una vez resolvió el órgano de Segunda Instancia desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida, sin pronunciarse en ningún momento sobre la falta de audiencia de las niñas.

³⁹ Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. Pág. 16.

⁴⁰ Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. Pág. 14, párr. 46 y 47, en relación con la Observación general N°5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 27 de noviembre de 2003, párr. 24.

Asimismo, cuando el Juzgado de Primera Instancia solicitó mediante auto a los servicios sociales la emisión de un informe de conveniencia de atribuir la guarda y custodia al padre, la madre de las niñas interpuso recurso de reposición, adjuntando una carta escrita por las niñas en la que se mostraba la angustia de las niñas ante esa posibilidad, y solicitando que fueran escuchadas en sede judicial.

En ambos recursos el Magistrado-Juez que resolvió no se pronunció acerca de la vulneración del derecho de las niñas a ser escuchadas, por lo que supuso que esas vías de recurso fueran totalmente ineficaces a efectos de reparar la violación del derecho.

En conclusión, los Estados tienen una obligación clara y patente de velar por el cumplimiento y garantizar la efectividad del derecho de los niños a ser escuchados por los órganos judiciales o administrativos respecto aquellos asuntos que les afecten, de modo que se tenga en cuenta su opinión en aras de tomar una decisión que se fundamente sobre su interés superior.

2.4.3. Protección contra los malos tratos.

Mientras estaba en curso el procedimiento de separación de los padres de las niñas, se llevaba a cabo un proceso penal ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid que acabó condenando al padre de las niñas por un delito de lesiones. Se condenó al padre como consecuencia de haber propinado un golpe de fusta en la cara a una de sus hijas, que en ese momento tenía siete años.

Adicionalmente, consta en informes periciales que el padre presentaba una conducta impulsiva que le conducía a protagonizar situaciones en las que perdía el control, teniendo impulsos que, sin duda, afectan de manera negativa a las niñas. Sin embargo, aún teniendo conocimiento de este contexto de violencia, el Magistrado-Juez no sólo le atribuyó un derecho de visita al padre, sino que se planteó atribuirle la guarda y custodia de las niñas en un determinado momento.

La Convención de los Derechos sobre el Niño protege a los niños contra los malos tratos, recogiendo este derecho en su artículo 19: “1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

En este sentido, el Juez de Primera Instancia debería haber tenido en cuenta este precepto, y por ende haber protegido a las niñas de los malos tratos ocasionados por su padre. Sólo de este modo se habría actuado de acuerdo al principio de prevención, pilar fundamental de los derechos de la infancia. La violencia ejercida sobre las niñas por parte del padre, constandingo como hecho probado por una condena de delito de lesiones, se trata sin duda de un factor determinante para evaluar posiblemente la no conveniencia de atribuir al padre la guarda y custodia de las niñas.

Habida cuenta de la carencia de eficiencia y efectividad del sistema judicial respecto la protección de las niñas ante esta situación de maltrato, puede comprobarse la existencia de la denominada “violencia o maltrato institucional”. A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con gran variedad de disposiciones normativas en materia de derechos de la infancia, de nada sirven si la praxis institucional no garantiza su cumplimiento y aplicación en los procedimientos judiciales o administrativos⁴¹. Esta violencia institucional se reconoce por el Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas, conocido como “Informe Pinheiro”.

En este sentido, teniendo en cuenta ambos conceptos de maltrato, puede concluirse que se da una doble victimización en las niñas, ocasionándoles así un doble perjuicio en materia de protección contra los malos tratos.

⁴¹ Salamanca García, L. (2018). El maltrato institucional a los niños y niñas: Una aproximación desde la praxis socioeducativa con niños y niñas en desventaja. *Miscelánea. RES, Revista de Educación Social*. Número 27. Pág. 177 y 178.

Cuando se llevaba a cabo todo el proceso judicial, desde el procedimiento de separación en el Juzgado de Primera Instancia hasta la inadmisión del recurso de infracción extraprocesal (desde el año 2000 hasta el año 2010), es cierto que este artículo de la Convención de los Derechos sobre el Niño ya se encontraba plenamente vigente, y por tanto se podía invocar ante los tribunales en caso de conculcación.

No obstante, en abril de 2011, el Comité de los Derechos del Niño emitió la Observación General núm. 13, sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Esta Observación contempla un análisis más exhaustivo del artículo 19 de la Convención y los mecanismos que deben implantarse en las jurisdicciones de los Estados Parte para asegurar la efectividad de este derecho. De esta forma, los niños que sufren algún tipo de violencia se encuentran mucho más protegidos en el momento de invocar la vulneración de este derecho en los tribunales.

El Comité, en esta Observación, reconoce que la mayoría de las escenas violentas que puede sufrir el niño se desarrollan en el ámbito familiar, por lo que, a estos efectos, el Estado deberá tomar las medidas adecuadas para reconducir esta situación⁴².

El concepto de violencia hacia un niño se desglosa en distintos tipos de actos, los cuales se señalan expresamente en la propia Convención, que entiende violencia como “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”. Sin embargo, las Naciones Unidas utilizan términos como “lesiones, abuso, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación” para definir esos actos de violencia. A estos efectos, como se expone anteriormente, la condena penal deja patente la existencia de las lesiones de una de las niñas como consecuencia de haber recibido un golpe de fusta en la cara por parte de su padre.

En esta Observación se definen expresamente aquellos actos que se entienden incluidos como violencia física, entre los que se incluyen “todos los castigos corporales y todas las demás formas de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴³”.

En este sentido, utilizar una fusta como instrumento para propinar un golpe en la cara a una niña de siete años es considerado un castigo corporal a estos efectos. Incluso

⁴² Observación general N° 13 (2011), sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011. Pág. 4.

⁴³ Observación general N° 13 (2011), sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011. Pág. 10

consta en el informe pericial del procedimiento penal que se trata de una conducta absolutamente desmedida.

Del mismo modo que en procesos de otro orden jurisdiccional, se requiere la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal cuando los niños son víctimas de un delito, como es este caso. El Estatuto de la Víctima del Delito señala que la Fiscalía tendrá un papel especialmente protector con los menores de edad y tomará las medidas adecuadas para velar por su interés superior⁴⁴.

Sin embargo, más allá de la violencia física, el Comité reconoce también la violencia psicológica. En este sentido, cabe entender que toda violencia física integra cierta violencia psicológica derivada de todas las consecuencias emocionales que puedan ocasionarse a las niñas, la cual se ve agravada por el ambiente hostil que pueda generarse en el ámbito familiar. El Comité define esta violencia psicológica con determinadas emociones o sensaciones, como “sensaciones de rechazo y abandono, trastornos afectivos, trauma, temores, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima⁴⁵”.

Estas sensaciones negativas se pusieron en conocimiento del Tribunal de la Audiencia Provincial mediante las cartas adjuntas al recurso de reposición contra el auto del Juez de Primera Instancia que solicitaba a los servicios sociales un informe de la conveniencia de atribuir la guarda y custodia al padre. En la propia carta, las niñas describían la angustia que les ocasionaba la posibilidad de que su padre pudiera disponer de su guarda y custodia.

En cualquier caso, las niñas debían ser protegidas de esos malos tratos, especialmente en la toma de las medidas relativas a su guarda y custodia, o derecho de visita en su caso, teniendo en consideración su interés superior. Como se ha expuesto en apartados anteriores, todas las disposiciones de la Convención deben regirse por el principio del interés superior del niño, incluyendo en este caso la obligación de protección de los niños de cualquier tipo de violencia. En ningún caso se podrá invocar el principio

⁴⁴ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. *Boletín Oficial del Estado* núm. 101, de 28 de abril de 2015. Artículo 19: “[...] En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso”.

⁴⁵ Observación general N° 13 (2011), sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011. Pág. 7 y 8.

de interés superior del niño para excusar cualquier tipo de castigo corporal o emocional que se considere como violencia física o psíquica. Deberá respetarse en todo momento la dignidad del niño y el respeto por sus derechos reconocidos en la Convención.

Del mismo modo, se deberán haber incluido las “3Ps”. Esto es, los principios de prevención, protección y participación de la CDN⁴⁶. En este sentido, el principio de prevención se entiende como esa evitación de cualquier acto que pueda ir en contraposición del bienestar del niño. Por otro lado, de haberse aplicado el principio de protección se hubiese otorgado un entorno protector a nivel institucional como familiar a las niñas, amparado el mismo de seguridad, apoyo y confianza para su libre crecimiento y desarrollo. Asimismo, el principio de participación hubiese concedido a las niñas la oportunidad de expresar su opinión acerca de estas circunstancias. Este principio de participación implica que la participación debe ser activa, por lo que no es suficiente con que el niño sea oído, sino que deberá ser escuchado, es decir, deberá realizarse una escucha activa en la que se valore minuciosamente su opinión y se tome una decisión en la que se justifique la razón de esta, y de que manera se ha tenido en cuenta la opinión del menor, siempre atendiendo a su mejor interés. Esto último da lugar al último y novedoso principio, actualmente vigente, el principio de protagonismo – la cuarta P – comprende que los niños y las niñas deben participar en primera persona, de modo protagónico, ya que sólo así y no de otra manera, puede haber avances en la legislación que los protege.

Adicionalmente, este derecho se encuentra relacionado con el derecho del niño a ser escuchado. Es el propio Comité quien recomienda encarecidamente que los niños participen dando su opinión en los asuntos que le afecten, ya que ello facilitará enormemente su protección, especialmente al tratarse de un colectivo vulnerable a la violencia⁴⁷. En este caso, también puede servir de herramienta para la prevención de cualquier tipo de violencia de el ámbito familiar, más sabiendo que esta ya ha sido probada (y condenada) en vía judicial.

⁴⁶ Gaitán Muñoz, L. (2018). Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”. *Sociedad e infancias. Ediciones Complutense*. 17 – 37.

⁴⁷ Observación general N° 13 (2011), sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011. Pág. 26.

En cualquier caso, son los Estados Parte los responsables de garantizar y velar por la protección del niño de cualquier tipo de violencia, por lo que deberán aplicar todas las medidas que consideren pertinentes en aras de darle efectividad a este derecho.

2.4.4. Aplicación de los derechos reconocidos.

El artículo 4 de la Convención de los Derechos sobre el Niño obliga a los Estados a aplicar los derechos reconocidos de la presente Convención, de modo que deberá adoptar todas aquellas medidas, de índole administrativa o legislativa, para que se garanticen los derechos del niño⁴⁸.

España ratificó la Convención de los Derechos sobre el Niño el 30 de noviembre de 1990. Desde ese momento asume la obligación de aplicar la Convención, y darles efectividad a todos los derechos en ella reconocidos para todos los niños.

A estos efectos, la aplicación de los derechos reconocidos en la CDN tiene una doble vertiente:

En un primer plano se requiere que exista una adecuación del ordenamiento interno a las exigencias de la Convención, atendiendo en todo caso tanto a sus premisas como a las Observaciones Generales que elabora el Comité de los Derechos del Niño.

En un segundo plano, una vez exista esa trasposición al ordenamiento interno de la normativa internacional en materia de derechos de la infancia, deberán hacerse todos los esfuerzos para que sea realmente aplicada. Esto quiere decir que los Estados deberán ofrecer todos los recursos y medios que tengan a su disposición para que esta normativa internacional surta efecto jurídico en su ordenamiento interno, de modo que puedan invocarse directamente ante sus tribunales⁴⁹.

Sólo teniendo en cuenta ambas perspectivas, podrá conseguirse una plena aplicación de los derechos de la infancia reconocidos en la Convención, de modo que

⁴⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículo 4. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

⁴⁹ Observación general N°5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), de 27 de noviembre de 2003. Pág. 8.

podrá continuarse con un avance y consolidación de los mismos, evitando en todo caso que queden obsoletos.

3. Garantías procesales de la CDN para garantizar los derechos vulnerados, atendiendo al interés superior del niño.

Para que los Estados Parte puedan garantizar la efectividad de los derechos del niño y que en su aplicación se tenga como consideración primordial el interés superior del niño la legislación interna debe prever determinadas garantías procesales.

La anteriormente mencionada, Observación General núm. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, obliga a los Estados a implantar procedimientos oficiales, que cuenten con garantías de índole procesal rigurosas, para que en última instancia el interés superior del niño sea siempre tenido en cuenta como un aspecto fundamental en la toma de decisiones de los asuntos que le afectan.

En primer lugar, como se ha detallado anteriormente, uno de los derechos conculcados en este caso ha sido el derecho de las niñas a ser escuchadas. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño entiende como fundamental garantizar un adecuado sistema de comunicación con los niños para conseguir de manera fructuosa su participación, de manera que podrá así determinarse su interés superior.

A estos efectos, es relevante recalcar que, en el caso que nos atañe, cuando una de las niñas iba a ser escuchada por parte del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, únicamente solicitó que la entrevista fuera grabada, petición a la que el equipo se negó sin ofrecer otra alternativa o solución para que la niña fuera escuchada y así garantizar este derecho.

En segundo lugar, otra garantía procesal contemplada por el Comité y violada en este aspecto ha sido la (falta de) argumentación jurídica. Los Estados deben justificar que la decisión que se ha tomado, sobre asuntos que afectan al niño, se ha basado sobre su interés superior, tomando esto como una consideración primordial previamente evaluada.

Esta garantía se reconoce del mismo modo en el derecho interno, concretamente en el artículo 218 de la LEC⁵⁰.

Ello implica que, en base a ello, su resolución deberá ser motivada, de modo que detalle con precisión el modo de evaluación del interés superior del niño en la determinación de esa decisión. A estos efectos, el Comité señala que la motivación deberá incluir “todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño⁵¹”.

En caso contrario, cuando la decisión o medida que se establezca por parte del Estado no atienda directamente al interés superior del niño, será necesaria una exposición clara y explicativa de las causas por las que se tomó esa decisión. O en otro sentido, cuando la medida sea contraria al interés superior del niño por haber prevalecido otros principios o circunstancias, deberá también motivarse con detalle que circunstancias se han valorado y por qué razón han tenido más peso que el interés superior del niño.

En este caso, se produce una incongruencia omisiva por parte del Juzgado de Primera Instancia como por parte de la Audiencia Provincial al no pronunciarse sobre las peticiones de audiencia de las niñas, en ejercicio de su derecho a ser escuchadas.

Ya no sólo se trata de que no detallen o motiven las causas por las cuales no se ha tenido en cuenta el interés superior de las niñas al no ser escuchadas en el procedimiento de divorcio de sus padres, sino que ni siquiera lo mencionan al resolver los recursos

⁵⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, de 8 de enero del 2000. Artículo 218. “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

⁵¹ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), de 29 de mayo de 2013. Página 20.

planteados, inaplicando en cualquier caso esta garantía procesal reconocida a nivel interno y a nivel internacional.

En tercer lugar, el Comité reconoce como garantía procesal aquellos mecanismos previstos para examinar o revisar las decisiones que afecten a los niños, en las que, en principio, se haya quebrantado dicha garantía procesal, de modo que la decisión tomada no haya sido emitida a favor del interés superior del niño.

En este sentido, y en relación con la garantía procesal anterior, es cierto que la legislación española integra vías de recurso para apelar las decisiones que no se consideren ajustadas a derecho, sin embargo, no es suficiente la integración de esta posibilidad de recurrir en el ordenamiento jurídico interno.

Para que esto cobre sentido, debe tratarse de un mecanismo de revisión efectivo, por lo que el órgano que revise deberá examinar con detalle las cuestiones que se le ha planteado, de modo que, tras haberlo hecho, se pronuncie exponiendo las razones por las que estima o desestima dicho recurso. Sin embargo, en este caso, aunque en varias ocasiones se recurre⁵², en ninguna ocasión parece efectiva esta vía para que el órgano revisor examine estos aspectos.

En definitiva, son los tribunales los que deberán velar por un proceso justo para los niños, en el que se garanticen los derechos que le corresponden, mediante una aplicación correcta de las garantías procesales por parte de los agentes judiciales, todo en aras de protegerlos y garantizar su interés superior.

⁵² La demandante recurre la sentencia que acuerda el divorcio, y en la que se atribuye un derecho de visita al padre, todo ello sin haber escuchado a las niñas pese haberlo solicitado expresamente. Del mismo modo, la demandante recurre el auto que solicita un informe a los servicios sociales sobre la conveniencia de atribuir la guarda y custodia de las niñas al padre, adjuntando dos cartas en las que las niñas se quejan por no haber sido oídas, y su deseo de ser oídas por el Juez o la Fiscalía.

IV. CONCLUSIONES.

Como resultado del Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España, el TEDH dio un toque de atención a nuestro país, y a nuestros tribunales en especial, respecto al derecho de los niños a ser oídos y escuchados y/o la protección de los niños contra los malos tratos; respecto a la aplicación del interés superior del niño como piedra angular de la interpretación de dichos derechos; y finalmente de forma general, la vulneración de lo dispuesto en la CDN sobre el respeto y el cumplimiento de lo dispuesto en dicha Convención.

A través de este asunto, algunas de las reivindicaciones y llamadas de atención del Comité de los Derechos del Niño que se habían producido en los últimos años anteriores a la sentencia se han visto reconocidas.

De esta forma, poco a poco y aunque tenga que ser mediante instancias jurisdiccionales no nacionales, los derechos de los niños van a continuar evolucionando hasta llegar a ser considerados como un ciudadano más, de modo que se establecerá una visión horizontal de sus derechos, como ciudadanos en paridad sin distinción de edad, sexo, religión....

La clave del engranaje para que la evolución de los derechos de los niños siga su curso es la consolidación de la cuarta "P" como principio de la Convención, la cual hace referencia al protagonismo.

Sólo teniendo una visión protagónica de los niños y las niñas en los asuntos que les afecten se logrará un fortalecimiento de los derechos ya reconocidos por la CDN y una evolución positiva de los mismos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros

Gaitán Muñoz, L. Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”. *Sociedad e infancias. Ediciones Complutense*. Madrid, 2018.

GALINDO NEIRA Luis Eduardo y ORTIZ JIMÉNEZ José Guillermo. Economía y Política 2. Bogotá: Editorial Santillana, 2005. p.92-93.

Monereo Pérez, J.L.: *Alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 52)* y *“Nivel de protección en el sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales (Artículo 53)*, ambos en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *La Europa de los Derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comares, Granada, 2012.

Revistas

Defensor del Pueblo. *“Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de las medidas de protección y procesos de familia”*. Editorial MIC. Madrid, 2014.

Moreno Vida M. Nieves. *El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos*.

Salamanca García, L. (2018). El maltrato institucional a los niños y niñas: Una aproximación desde la praxis socioeducativa con niños y niñas en desventaja. *Miscelánea. RES, Revista de Educación Social*. Número 27.

Resoluciones judiciales

STEDH de 28 de junio de 2018, asunto Vathacos c. Grèce; también, con anterioridad, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres; Bellet c. France, 4 décembre 1995; Nunes Dias c. Portugal, nº 2672/03 y 69829/01.

Normativa comunitaria

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 de agosto de 2018.

Normativa convencional

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Declaración de Ginebra de 28 de febrero de 1924.

Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Observación general N° 13 (2011), sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Observación general N° 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

Normativa nacional

Constitución Española de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

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.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

Páginas web

Council Of Europe Portal. Oficina de Tratados. Cuadro de firmas y ratificaciones del Tratado 005. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=005>