



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La audiencia del menor en los procedimientos de guarda y custodia. A propósito de la STS 413/2014, de 20 de octubre de 2014.

Autor/es

CRISTINA AZARA FUSTERO

Director/es

María Victoria Mayor del Hoyo

Facultad de Derecho

2015

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	5
III. AUDIENCIA DEL MENOR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES.....	8
1. Derecho del menor a ser oído.	
2. La regulación de la audiencia del menor en los procedimientos de crisis matrimonial.	
3. Requisitos para la obligación de audiencia. La suficiencia de juicio del menor como presupuesto.	
4. Forma de practicar la audiencia al menor.	
5. Consecuencias de la inobservancia del trámite de audiencia.	
IV. ESTUDIO NORMATIVO: ART. 92 CC, ART. 770.4º Y 777.5 LEC A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS DE LA LEY 15/2005 Y LEY 13/2009.....	16
1. Régimen anterior a la Ley 15/2005.	
2. El nuevo régimen instaurado por la Ley 15/2005.	
3. La Ley 13/2009, de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.	
V. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE GUARDA Y CUSTODIA: STS 413/2014, DE 20 DE OCTUBRE DE 2014.....	22
1. Valoración crítica.	
VI. CONCLUSIONES.....	30
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	31

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar es uno de los contenidos esenciales que integran el interés superior del menor.

En el plano internacional, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que recoge los derechos de la infancia. En concreto, el art 12 de la citada Convención nos expresa que el niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en los asuntos que le afectan.

El derecho de audiencia, en el ámbito estatal, lo encontramos en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual: “Todos los menores tienen derecho a ser oídos en los procedimientos en los que se traten asuntos de su interés“.

Esta audiencia se tiene en consideración cuando se ve afectada la esfera personal, familiar, social o de cualquier índole del menor. En concreto, en las crisis matrimoniales se puede apreciar la importancia de este derecho, ya que se va a decidir el futuro del menor determinando su convivencia, educación, hogar... en definitiva su vida, por eso su audiencia puede ser muy útil en tanto que el menor aporte su opinión o preferencia que ayude al Juez a dilucidar la decisión más beneficiosa para éste. Sin embargo, lo que en términos absolutos puede ser algo bueno para el menor, en ocasiones, dar paso a esta audiencia puede ocasionar un perjuicio para el menor que puede verse presionado o coaccionado en el sentido de que pueda pensar que está eligiendo entre dos progenitores. Por ello, no es un derecho incondicionado, pues cuando no sea posible o no convenga al menor, no se dará trámite a esta audiencia.

Este derecho del menor se ha ido perfilando con los años por las reformas introducidas por leyes, la doctrina y jurisprudencia. La Ley 15/2005, de 8 de julio, reformó el artículo 92 del Código Civil y suprimió la presunción de madurez partiendo de una determinada edad cronológica, los 12 años. Que el menor tenga 12 años o más, no implica siempre que tenga la madurez suficiente para ser explorado. Posteriormente, la Ley 13/2009 reformó el art 770.4º II de la ley de Enjuiciamiento Civil con una finalidad clara: adecuar el régimen de los procedimientos contenciosos a los de mutuo

acuerdo, prescindiendo de la imperatividad de la norma que se había establecido anteriormente.

Pero, ¿cómo se sabe cuándo tiene suficiente juicio?, ¿de qué manera hay que realizar esta audiencia? ¿Ante quién?, ¿en qué casos es obligatoria? ¿En cuáles no? En muchas ocasiones no hay una respuesta jurídica exacta ni tampoco unanimidad en la jurisprudencia ni en la doctrina sobre estos extremos. Esta realidad crea mucha inseguridad jurídica e incluso puede llegar a indefensión o vulneración de la tutela judicial efectiva de ese menor (art 24 CE). Por ello, se debería establecer unanimidad de criterio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Personalmente es un tema que siempre me ha despertado curiosidad y por eso he querido profundizar más en el conocimiento de este tipo de procesos y dado que es un bien jurídico que hay que proteger he decidido documentarme sobre el mismo para tener mayor conocimiento en la resolución de este tipo de conflictos.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Los hechos de los que trae causa la STS 413/2014 de 20 de octubre de 2014, son los siguientes:

D. Rodolfo y D^a. Bibiana contrajeron matrimonio el 23 de mayo de 1998 y divorciaron de mutuo acuerdo el 7 de junio de 2010. En el divorcio se atribuyó a la madre la guarda y custodia de los dos menores, Cesar nacido en 1998 y Tarsila nacida en 2005.

D. Rodolfo interpuso demanda de modificación de medidas definitivas acordadas, en su día, en divorcio de mutuo acuerdo, contra D^a. Bibiana, solicitando, entre otras cosas, la custodia compartida de sus dos hijos menores. Doña Bibiana en su contestación suplicó que se dictase sentencia por la que se declarase que no ha lugar al establecimiento de una custodia compartida.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2012 estimando la demanda de Don Rodolfo frente a Doña Bibiana y acordando lo siguiente:

- 1.-Se atribuyó la guarda y custodia de los menores de forma compartida a ambos progenitores distribuyéndose por semanas alternas y estableciéndose visitas un día a la semana por el que no ejerza la custodia.
- 2.-Ambos progenitores debían abrir una cuenta corriente a nombre de los menores y a su nombre en la que mensualmente ingresarían cierta cantidad cada uno de ellos.

Interpuesto recurso de apelación por D^a. Bibiana contra la citada sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Orense dictó sentencia por la que estimaba el recurso de apelación, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimando la demanda de D. Rodolfo y absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas

Ante esto, D. Rodolfo, interpuso recurso de casación en base a lo siguiente: aplicación indebida del art 92 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, el artículo 2 de la LO 1/1996 de protección del menor y el art 39 de la CE, al oponerse la sentencia dictada

por la Audiencia Provincial de Ourense a la doctrina del TS que consagra el interés del menor como principio básico que debe determinar la adopción de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores. Tras los trámites procesales oportunos y no habiendo solicitado las partes celebración de vista, se señaló para votación y fallo el 2 de julio de 2014.

En dicho acto, de oficio, y en base al art. 92 CC y al art. 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor, se acordó oír a las partes por término de cinco días respecto de las alegaciones de la parte recurrida.

Doña Bibiana se opuso a la estimación del recurso de casación, alegando que no habían cambiado las circunstancias para que hubiera una modificación en las medidas definitivas, que no se había emitido informe psicosocial y que no se había oído a los menores.

Respecto al informe psicosocial según el art 92.6 y 9 no se constituye como un requisito imprescindible. Con respecto a la falta de audiencia de los menores alegada por la madre, se alegó que no se entiende la posibilidad de adoptar un sistema de custodia compartida, sin oír a los menores. Hay que destacar que D^a. Bibiana no propuso la audiencia de los menores en su día y que el demandante a pesar de haberla propuesto, renunció a su práctica.

Por el Ministerio Fiscal se expuso la contradicción existente entre la Ley Orgánica de Protección del Menor, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.1.4^a y 777.5) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sentencia de 17 de enero de 2012), todo ello relacionado con el trámite de audiencia el menor.

El Tribunal en sus fundamentos jurídicos llega a la siguiente conclusión: la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la

parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

En función de lo expuesto el Tribunal Supremo en su fallo, después de analizar los arts. 92.6 del CC, los artículos mencionados de la LEC, el art. 9 de la LO de Protección del Menor, el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y el art. 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, viene a considerar necesario la práctica de la audiencia de los menores y, en consecuencia, acuerda la nulidad de la sentencia recurrida conforme al art. 238 LOPJ, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos.

III. AUDIENCIA DEL MENOR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

1. Derecho del menor a ser oído

En nuestro derecho positivo existen numerosos preceptos que reconocen el derecho del menor de edad a ser oído.

El legislador estima que cuando la decisión judicial pueda afectar al menor o a sus intereses personales o afectivos, es razonable que éste pueda ser oído para expresar su opinión o su parecer sobre la concreta cuestión litigiosa que se dirime. En este sentido, no significa que el menor sea parte procesal, pues no actúa ni como demandante ni como demandado¹, sino que su actuación va encaminada a que el Juez tome conciencia de su opinión sin que en ningún momento le vincule.

El ámbito material del derecho del menor a ser oído se distingue en general: en la *patria potestad*, en la *adopción*, en la *tutela* y otras *instituciones de guarda*, y en la materia que nos interesa: las *crisis matrimoniales*.

En la *patria potestad*, el art 154.3 del Cc. prevé esta audiencia del menor si los hijos tuvieren suficiente juicio antes de adoptar decisiones que les afecten. Se trata en este caso de una audiencia extrajudicial, fuera del proceso judicial. Se precisan dos requisitos: que el menor tenga “suficiente juicio” (término que analizaremos más adelante) y que la decisión que los padres hayan de adoptar le afecte al menor. La audiencia del menor también se prevé en el art 156 del Cc. para el caso de que el ejercicio conjunto de la patria potestad plantee problemas, al existir desacuerdos entre los progenitores.

En la *adopción*, el art 177 del Cc. establece un trámite de audiencia que necesariamente ha de dar el juez a determinados sujetos (adoptando menor de 12 años si tuviera suficiente juicio), antes de constituir la adopción. La jurisprudencia ha entendido que la opinión que manifieste el adoptando no vincula al juez, aunque deberá tenerla muy en cuenta a la hora de decidir si se acuerdo o no la constitución de la adopción (STS 18 de marzo de 1989; RJ 1987, 1515) sobre todo en el caso de que su opinión sea negativa.

¹ FONSECA GONZÁLEZ, “El deber de oír a los hijos” en AAVV, *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1984, pp138.

En la *tutela y otras instituciones de guarda*. El art. 216 del Cc. también deja entrever este derecho, en el sentido que afirma que las medidas y disposiciones previstas podrán ser también acordadas por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, donde incluiríamos al menor

Finalmente, en concreto en las *crisis matrimoniales* encontramos el Código Civil que regula la audiencia al menor en el Libro I, Título IV, Capítulo IX, bajo la rúbrica de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y en concreto en el art. 92 apartado 2º y 6º configurándolo más como un derecho del menor que como una obligación impuesta legalmente al juez.

2. La regulación de la audiencia al menor en los procedimientos de crisis matrimonial.

La audiencia al menor configurada como un derecho del mismo a ser oído es regulada en diferentes normas tanto nacionales como internacionales.

En el ámbito nacional, los cuerpos normativos más importantes y que van a ser objeto de estudio en este trabajo son el Código Civil, la Ley de enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor.

El Código Civil regula la audiencia al menor en el Libro I, Título IV, Capítulo IX, bajo la rúbrica de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y en concreto en el art. 92. apartados 2º y 6º prescindiendo del carácter imperativo que existía, antes de la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, de oír a los menores cuando fueran mayores de 12 años, configurándolo más como un derecho del menor que como una obligación impuesta legalmente al juez. El apartado 2º del art. 92 del CC establece: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.”; por su parte, el apartado 6º establece: 92.6: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba

practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Ello, en consonancia con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, (en adelante LOPJM) que reconoce el derecho del menor de ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier, y por lo que aquí nos interesa, procedimiento judicial que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social. Este artículo ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que viene a desarrollar de modo más detallado este derecho, si bien manteniendo la línea de su antecesor de configurarlo como un derecho fundamental, produciéndose su entrada en vigor el 12 de agosto de 2015.

Por su parte, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) hace referencia a la audiencia del menor en los arts. 770.4 y 777.5, así el primero de ellos relativo a los procedimiento que deben seguir las demandas de separación, nulidad o divorcio dispone entre otras cosas que “...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 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 art. 777.5 relativo a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo manifiesta: “Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el

plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”.

Podemos citar también la reciente Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria que permite regular la comparecencia en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal, garantizando que puedan ser oídos los menores 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 y recabando finalmente **acta detallada**.

A nivel internacional, esta materia se regula en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989², como derecho a expresar su opinión libremente y derecho a ser escuchado; y, en términos similares en el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

3. Requisitos para la obligación de audiencia. La suficiencia de juicio del menor como presupuesto

Para que tenga lugar la audiencia del menor, es preciso que concurran una serie de requisitos. En particular, son dos los presupuestos que normalmente utiliza el legislador:

1).-Edad determinada de más de 12 años.

2).-Suficiencia de juicio.

El *requisito de la edad* determinada de al menos 12 años no plantea prácticamente problemas por ser un requisito objetivo en el sentido de que se trata de la constatación de un simple hecho (la edad del menor).

El *requisito de la suficiencia de juicio del menor*. Se trata de un presupuesto al que se acude en numerosas ocasiones para que se pueda acordar por el Juez la audiencia del menor, es necesario que se valore si el menor tiene suficiente madurez y su capacidad de razonamiento. La valoración de la capacidad del menor y de su suficiencia

² Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990

de juicio es una de las cuestiones más críticas, ya que no es propiamente jurídica, por lo que el Juez en muchas ocasiones deberá acudir al auxilio de técnicos³.

El papel del juez de determinar cuándo el menor tiene suficiente juicio no es fácil, esto es en gran parte por ser este término un concepto jurídico indeterminado, por lo que se introduce un cierto grado de inseguridad. No basta con que el menor sea capaz de expresar una opinión, sino que es necesario que el menor tenga una capacidad de entender y querer de forma razonada que le permita manifestar una opinión coherente y de acuerdo a sus intereses.

Podemos decir que a diferencia del criterio de la edad que es un criterio objetivo, el de la suficiencia de juicio es subjetivo, a pesar de ello puede resultar muy beneficioso para el menor ya que el legislador puede hacer depender la audiencia de la suficiencia de juicio, pues de este modo se alcanza una protección adecuada de cualquier menor maduro, con independencia de su edad.

La suficiencia de juicio debe valorarse en relación con la concreta decisión que se pretenda adoptar, ya que es posible que un menor tenga madurez suficiente para comprender el alcance de cierto tipo de actos y no poseerla para otros. Por tanto, se debe apreciar si un menor tiene suficiente capacidad de juicio haciendo examen del supuesto concreto.

4.- Forma de practicar la audiencia al menor

Algunos autores estiman que es necesaria una primera valoración o exploración del menor por el juez con ese fin.⁴

³ Defensor del Pueblo: “La escucha y el interés”. Cit. p.18

⁴ SANCHEZ-EZNARRIAGA afirma que “ si para darle al menor intervención o ser oído en un proceso hay que dilucidar si un menor tiene suficiente juicio, ello no puede determinarse sin una valoración personal del menor, a realizar por él mismo que dirige el proceso, para lo cual es indudable que a éste habrá de darle la participación u oírle para poder enjuiciar su capacidad. Y si ya le hemos oído o enjuiciado para determinar su juicio, ya le habremos dado participación en el proceso, sea cual sea la conclusión a que se llegue en cuanto a su suficiencia”, en “La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres”, en AAVV, *Los hijos menores de edad en crisis familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 31.

En cuanto a la forma en que se debe hacer esta audición y no existiendo unidad de criterio es conveniente examinar la normativa en vigor con sus recientes reformas y así se aprecia que dicha audiencia debía realizarse de acuerdo con los siguientes requisitos:

Previamente a iniciarse lo que es en sí la audiencia, se debe ofrecer al menor una información veraz, completa y adecuada a las condiciones de edad y madurez del mismo, sobre lo que se está decidiendo en dicho proceso judicial.

La audiencia de los menores se debe realizar respetando las condiciones necesarias de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión, que salvaguarde al máximo la dignidad y personalidad del menor. Evitándole en la medida de lo posible sufrir la sensación de estar traicionando a uno u otro progenitor.

Se debe hacer en un lugar adecuado y cómodo, será el despacho del juez y entre otras, una sala adecuada y debidamente equipada para realizar estas audiencias.

Es conveniente, a criterio del Juez, que se debería realizar sin la presencia de los padres, tutores o guardadores, tal como prevé el actual art 770.4 de la LEC. En mi opinión se debería realizar con presencia del Ministerio Fiscal, en cuanto el mismo no deja de ser un colaborador del juez y promotor de la justicia en defensa de los intereses y derechos de los menores e incapacitados.

La reciente Ley de la Jurisdicción Voluntaria en su art. 18.4.^a, párr. 2, aplicable a todos los procesos de jurisdicción voluntaria, permite, al regular la comparecencia, que "el Juez o el Secretario judicial podrán acordar que se practique la audiencia de los menores en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos 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.

Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual⁵. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días". Si no, "una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones".

Dicha audiencia debe transcurrir como un dialogo no forzado con el menor, nunca como un interrogatorio; cuya finalidad es que el juez conozca cual es la relación del menor con cada progenitor, y si los dos (guarda y custodia compartida) o uno de ellos (guarda y custodia exclusiva) son o es el más adecuado para proteger los derechos e intereses del menor y favorecer el desarrollo integral del menor como persona. Nunca se debe en estas audiencias hacer elegir al menor entre uno y otro progenitor.

Finalmente, no debemos olvidar que tanto la Convención de los Derechos del Niño de la las Naciones Unidas como la LO 1/1996, y en la actualidad el art 770.4 de la LEC en relación con dichas normas, permiten que el menor sea oído de forma indirecta a través de personas de confianza por él designadas o por los propios representantes legales, siempre y cuando en este último caso no exista conflicto de intereses.

Por su parte, el art. 9.1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor dispone: "En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

No obstante, la LO 8/2015 ha añadido, siguiendo las anteriores recomendaciones, en la nueva redacción del citado art. 9 LO 1/1996, que tales audiencias tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos y utilizando un lenguaje comprensible para el menor.

Por ello, podemos afirmar que el objeto de la audiencia es que el menor exprese su opinión, su sentir sobre los temas que le afecten y sean objeto del proceso judicial, por lo que deberá de realizarse sin que se le produzca daño alguno.

⁵ PÉREZ SALAZAR-RESANO "la exploración del menor se configura como un derecho de éste y no como una obligación...".

5. Consecuencias de la inobservancia del trámite de audiencia.

La falta de audiencia del menor en los casos en que deba de hacerse determinará la nulidad de actuaciones.

Constituye una opinión bastante generalizada⁶ entender que esa omisión vicia de nulidad la resolución judicial, debiendo retrotraerse las actuaciones para la práctica del trámite omitido.

En este sentido, la senda trazada por la doctrina Constitucional⁷ afirma que es preceptiva la audiencia del menor en todo proceso en que haya de adoptarse una decisión que le afecte a su esfera personal, social o familiar, integrándose el derecho a ser oído en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que por tanto resultará vulnerado cuando se omita la audiencia al mismo dando lugar a la nulidad de actuaciones.

Por tanto, la omisión del trámite de audiencia cuando ésta es preceptiva constituye vulneración de la tutela judicial efectiva implicando nulidad y retrotrayendo las actuaciones para la práctica del trámite omitido.

⁶ En esta línea, SÁNCHEZ PRIETO, «*La audiencia del menor...*», cit., pp. 962; BO JANÉ/CABALLERO RIBERA, «*El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?*», La Ley, 1996-6, pp. 1495

⁷ Así, entre otras, las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221), F. 5, 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71), F 7., y 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 152), FF. 3 y 4

IV. ESTUDIO NORMATIVO: ART. 92 CC, ART. 770.4º Y 777.5 LEC A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS DE LA LEY 15/2005 Y LEY 13/2009

Una de las cuestiones más controvertidas con la audiencia del menor es si debe tener lugar en todo proceso judicial de crisis matrimonial o no.

Se consideran procesos matrimoniales los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. Como hemos establecido anteriormente, existe una regulación fragmentaria, nos encontramos con el Código Civil art 92, el art 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (en adelante LOPJM), y los arts. 770.4º y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Este derecho recogido en distintos textos legales cambia su configuración tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica la normativa sobre separación y divorcio y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 CE y la Ley 13/2009 que ha acometido la reforma en materia de prueba de la regla 4ª, párrafo 2º, del art. 770 de la LEC para dar nueva regulación a la audiencia de los menores en los procesos de familia contenciosos.

A continuación pasamos a hacer un breve estudio de la normativa y sus modificaciones:

1. Régimen anterior a la Ley 15/2005

El Art 92 Cc., en la redacción dada por la Ley 30/1981, y antes de la modificación operada por la Ley 15/2005, establecía que la audiencia del menor tendrá lugar, en todo caso, si se cumple un requisito objetivo: que el menor sea mayor de doce años. Si no alcanza esa edad, la audiencia del menor dependerá del órgano judicial en el sentido de que procederá cuando según el juez tenga “suficiente juicio”. Por ello se impone de manera imperativa cuando el menor tenga más de 12 años y en los demás casos si se tiene suficiente juicio.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en el marco de los procesos matrimoniales, contempla la audiencia del menor en los arts. 770.4º y 777.5. El art 770 regula el

procedimiento que han de seguir las demandas de separación (salvo las presentadas de mutuo acuerdo por los dos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro). El art 777 se refiere al procedimiento que debe seguirse para las peticiones de separación o divorcio solicitadas de mutuo acuerdo por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. También se rige por este procedimiento la modificación de las medidas definitivas solicitada por un cónyuge sin el consentimiento del otro, por remisión del art 775.2 LEC al 770.

El art 770.4º.II establecía que cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso si fueren mayores de doce años. En relación con los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el art. 777.5 disponía: "Si hubiere hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos, y oirá a estos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiere abierto, en el plazo de cinco días."

Como consecuencia de las experiencias acumuladas en la aplicación práctica de los procesos de familia, se concluyó que la obligatoria audiencia, sin excepciones (en todo caso), del menor mayor de 12 años, o de inferior edad pero con suficiente juicio, en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, era en la mayoría de los casos, aparte de una diligencia de prueba innecesaria por existir acuerdo de los progenitores y deber presumirse que ambos actúan en interés de los hijos comunes, contraproducente y perjudicial para el menor, al que se obligaba a acudir al juzgado para oír su opinión sobre cuestiones decididas por sus padres de mutuo acuerdo, ocasionando al hijo una indebida implicación o inmersión en la ruptura convivencial de sus progenitores y, a veces, incluso, un conflicto de lealtades al trasladarse al menor la percepción de haber sido su voluntad el factor relevante para la decisión adoptada sobre el mismo.

Por eso, en 2005 hubo una reforma como vamos a ver a continuación, con la intención de que en los casos que hubiera acuerdo no fuera preceptivo el trámite de la audiencia.

2. El nuevo régimen instaurado por la Ley 15/2005

Como hemos expuesto anteriormente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, reforma de manera sustancial el régimen jurídico del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales.

El art 92 tiene actualmente nueve apartados. Además del art 92.2 Cc. que contiene una genérica remisión al cumplimiento por el juez del derecho del menor a ser oído, nos interesa el art 92.6, que establece que “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros de Equipo Técnico”. Se introducen cambios esenciales en la configuración de la audiencia del menor. El ámbito objetivo de aplicación de la norma es el proceso judicial en el que se acuerde la guarda y custodia de los menores; los sujetos legitimados para solicitar la audiencia del menor son el Ministerio Fiscal, las partes del proceso que serán los padres, los miembros del equipo técnico judicial, y el propio menor, aunque también podrá decretarla el juez de oficio. El juez tendrá que oírlo cuando considere necesaria la audiencia y cuando el menor en opinión del juez, tenga suficiente juicio con independencia de su edad, pero puede haber casos que tenga el menor suficiente juicio pero el juez la considere innecesaria, por ejemplo porque ya sepa la opinión del menor. Por tanto, a diferencia de lo que pasaba con el anterior régimen, en este caso la audiencia no es imperativa sino que debe ser considerada necesaria por el Juez.

El art 777.5 de la LEC también es objeto de nueva redacción: el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores si tuvieren suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor. Como se puede apreciar, esta parte de la redacción es idéntica a la recogida en el nuevo art. 92.6 CC.

A la vista del contenido de los arts. 777,5 LEC y 92,6 CC, ambos según redacción dada a los mismos por la Ley 15/2005, quedaba claro, y así ha venido siendo interpretado por la mayor parte de la doctrina desde entonces, que en los procesos consensuales no es imperativo oír a los menores que tengan suficiente juicio si el juez

no lo estima necesario, de oficio o a petición del Fiscal, partes, miembros del equipo técnico o del propio menor.

Modificación legal que ha sido bien recibida por la doctrina, al responder a la necesidad de proteger a los menores de los efectos negativos que produce en ellos su presencia y exploración en un juzgado, y que ya había denunciado un Informe del CGPJ⁸ que abogaba porque la audiencia del menor en los asuntos que afecte a su esfera personal, familiar o social, en cuanto derecho así reconocido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en los Convenios Internacionales, y deber para el Juez, debía conciliarse con la posibilidad de autorizar al juzgador a prescindir del mismo, siempre que ello redundara en beneficio del menor.⁹

3. La Ley 13/2009, de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

Esta ley tiene su don de ser al no haberse modificado por la Ley 15/2005, el inciso final del párrafo 2º de la regla 4ª del art. 770 LEC, para concordarlo con la redacción dada al art. 92,2 y 6 CC, y subsistir la obligación de oír en todo caso a los hijos menores mayores de 12 años, se venían planteando dudas acerca de si, en el proceso de familia contencioso, era o no preceptivo oír siempre a los menores de 12 años antes de adoptar decisiones que les afectaran, dado que, por una parte, el art. 92,6 CC parece permitir prescindir de esa audiencia antes de adoptar el régimen de guarda y custodia cuando no se estime necesario, pero no ofrece cobertura legal para prescindir de esa audiencia cuando se adopten decisiones relativas al menor sobre materias distintas, como por ejemplo el cambio de colegio o de tipo de enseñanza, pudiéndose así sostener la absurda conclusión, aplicando ad pedem litterae la normativa en vigor, de que podía, si se estima necesario en atención a las circunstancias concurrentes, prescindirse de oír al menor para decidir lo más (régimen de guarda y custodia) pero no para decidir sobre lo menos (si el menor ha de asistir a un colegio público o privado, por ejemplo).

⁸JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ *Audiencia de los menores, violencia de género, crisis familiar y manipulación de menores*. Juez de familia de Málaga(España)

⁹MARÍA ELVIRA ALFONSO RODRÍGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, págs. 499 y ss.

El art 770.4º LEC antes de su nueva regulación, en relación a la audiencia, señalaba: “Cuando hubiere hijos menores o incapaces, se les oirá si tuvieren suficiente juicio, y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años“.

Con su nueva regulación añade un nuevo párrafo y establece el modo en que ha de llevarse a cabo la audiencia de los menores:

Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.”

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario

La única modificación introducida en el precepto afecta al inciso final del párrafo segundo del mismo, en que se regula la audiencia de los menores en los procesos contenciosos de familia. La finalidad de la reforma del art. 770, regla 4ª es la de equiparar y concordar el régimen de audiencia de los menores en los procesos contenciosos con el establecido para los de mutuo acuerdo en el art. 775,5 LEC.

Se establece que esa audición no es obligatoria, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor el que puede invocar y acreditar esa necesidad y provocar la audición del menor, es decir, no debe bastar con una simple petición.

En caso de ser solicitada y ser considerada necesaria por el Juez, se dará trámite de audiencia a los menores de edad o incapaces si tuviesen suficiente juicio, y en todo caso, a los mayores de 12 años.

En todo caso y, teniendo el Juez la potestad de estimar o no necesaria la petición, este trámite de audiencia del menor en los procesos de familia deja de ser de obligado cumplimiento y pasa a ser una opción del Juez, que seguro tendrá siempre presente que hacer pasar a un menor por este trámite puede resultar del todo contraproducente e innecesario.

La audiencia del menor también se contempla en el procedimiento que resuelve la modificación de las medidas definitivas sin embargo, no se ha previsto en los procesos de adopción de medidas provisionales previas, ni en los de las medidas simultáneas a la admisión de la demanda.

Sobre la modificación de medidas definitivas debemos acudir al art 775 que dispone que el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770, en caso de que sea contencioso.

No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

V. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE GUARDA Y CUSTODIA: STS 413/2014, DE 20 DE OCTUBRE DE 2014

En primer lugar debemos determinar el objeto del proceso: el régimen de guarda y custodia de los dos menores de edad. Las partes que concurren en él son los padres de éstos: Don Rodolfo y Doña Bibiana.

En el caso concreto Don Rodolfo pedía la modificación de medidas definitivas de la sentencia de divorcio por la que se había establecido la custodia a Doña Bibiana a fecha 7/6/2012.

La adopción de las medidas en la sentencia de divorcio fue acordada de mutuo acuerdo ya que entre los cónyuges existió acuerdo, sin embargo no se ha llegado a acuerdo tras pedir la modificación, por lo tanto pasa a ser una modificación de medidas definitivas contenciosas.

El asunto se sustancia en recurso de casación en base a la aplicación indebida del art 92 Cc. en relación con el art 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el art 39 de la CE, al oponerse a la doctrina del TS que consagra el interés del menor como principio básico que debe determinar la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

Una vez analizada toda la normativa en apartados anteriores, vamos a estudiar cómo juegan en el caso concreto todos estos artículos:

Nos encontramos con una petición de modificación de medidas definitivas, Doña Bibiana se opone al recurso de casación por la falta de audiencia de los menores en relación al establecimiento de la custodia compartida.

Como hemos expuesto anteriormente, el menor tiene derecho a ser oído en los procesos matrimoniales que le afecten, por ello el primer requisito que hemos seleccionado para que un menor sea oído es que esa decisión judicial o administrativa afecte a los intereses de éstos. Indudablemente, el establecimiento de la guarda y custodia se considera un tema relacionado con los intereses afectivos de los menores ya

que va a determinar la convivencia del menor repartida equitativamente entre los padres. En este sentido, como afirma ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., el principio del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, requiere, de un desarrollo jurídico concreto que lo convierta en una realidad. Teniendo en cuenta que el principio en sí no es discutido, el problema fundamental radica en averiguar en cada caso donde reside dicho interés. En la misma línea el art 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, declara que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al interés superior del niño”,

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha querido dotar de contenido a este concepto, modificando para ello el art. 2 LO 1/1996 y otorgándole, a decir de la exposición de motivos de la citada norma de reforma, de un triple carácter, a saber, como derecho sustantivo, como principio imperativo y como norma de procedimiento. Así, la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

De acuerdo con lo anterior, a la hora de determinar ese interés será necesario oír al menor, lo que significa tener en cuenta sus opiniones y pensamientos en aquellas decisiones que pueden afectarle, sin que esto suponga que sea esa opinión la que prevalezca en la resolución judicial ya que todo dependerá del grado de madurez del mismo y de ese interés superior, ponderado con arreglo a los criterios y elementos antedichos.

Una vez analizado esto debemos acudir a la normativa. En primer lugar vamos al Código Civil en concreto al Capítulo IX sobre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. El art 92 establece la obligación del Juez de velar por el cumplimiento de los menores de ser oídos cuando se tenga suficiente juicio y se estime necesario (pár. 2º y 6º).

Por otro lado, acudimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto al Cap. IV sobre los procesos matrimoniales y de menores, en los arts. 770 y siguientes se establecen los trámites y requisitos que deben seguir las demandas. La regulación del trámite de audiencia sólo se prevé en dos situaciones: en el procedimiento que han de seguir las demandas de separación y divorcio contenciosas, las de nulidad matrimonial, y las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil (art 770 LEC) y en procedimiento de mutuo acuerdo de separación o divorcio (art 777 LEC).

También está prevista la audiencia para el procedimiento que resuelve la modificación de las medidas definitivas, por la remisión que hace el art 775 a los arts. 770 y 777 LEC dependiendo que sea una petición contenciosa o de mutuo acuerdo. En el supuesto de hecho, esta petición se tramitará conforme a lo dispuesto en el art 770 LEC por ser contenciosa ya que en la petición no se ha hecho de común acuerdo ni por uno con el consentimiento del otro (art 777 LEC).

En el caso concreto, el Ministerio Fiscal alegó contradicciones, ya que observa una contradicción entre Código Civil que hace depender la audiencia de los menores de la suficiencia de juicio y de que la estime necesaria el Juez y la Ley de Enjuiciamiento Civil art 770.1.4º cuando estima que en todo caso los mayores de 12 años deben ser oídos, deduciendo la imperatividad de la norma y provocando una inseguridad entre las dos normativas.

El modo que utiliza el Tribunal en conjurar estos artículos es el siguiente: la audiencia al menor es pertinente en todos aquellos casos en que deban de adoptarse decisiones que les afecten en la esfera personal, social o familiar, de tener el menor más de 12 años, y no ser propuesta por las partes ni el Ministerio Fiscal, deberá de acordarse de oficio por el juez, que debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 770.4 LEC¹⁰.

La falta de audiencia del menor en los casos en que deba de hacerse, bien por tener suficiente madurez (la consideración del juez en este caso de que no es necesaria la audiencia al menor deberá de ser motivada) o por ser mayor de doce años, determinará la nulidad de actuaciones.

¹⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Medios de”, cit., p. 511

Y ésta es la línea mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos. El Tribunal Supremo hace una interpretación de la aparente contradicción existente en nuestra normativa entre el Código Civil tras la reforma del año 2005 y la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma del 2009, integrando ambas regulaciones a través de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y la Convención de Derechos del Niño en su art. 12 y considerando que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, y en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Remitiéndose a lo dispuesto en la STC 6 junio 2005, que admitió el recurso de amparo de un padre contra una sentencia de una Audiencia Provincial, en un proceso que versaba sobre una separación matrimonial, al considerar que la Audiencia debía haber otorgado un trámite específico de audiencia al menor de edad hijo de esa pareja; y que al no otorgarlo, se produce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor consagrado en el art. 24.1 CE.

Por ello, el Tribunal Supremo en dicha sentencia, dando cumplimiento a la obligación que se impone en el art. 770.4 de la LEC en relación con los anteriores, decreta de oficio la necesidad de los menores de ser oídos, y, en consecuencia, al no haberse practicado la diligencia de audiencia del menor por la Audiencia Provincial, la nulidad de las actuaciones retrotrayendo las mismas al momento anterior a dictar sentencia a fin de practicar, antes de resolver, la diligencia de exploración de los menores.

Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770.1.4º, establece que si se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En el caso concreto, el hijo menor César nacido en 1998 a fecha de la primera sentencia (6 de junio de 2012) ya tenía más de 12 años. Por tanto en caso de guiarnos por la LEC art 770.1.4º LEC, se le debía de haber dado trámite de audiencia obligatoriamente de oficio por el juez. En caso de Tarsila, la hija pequeña, nacida en

2005 a fecha 6 de junio de 2012 tenía 7 años con lo cual su audiencia no es en todo caso obligatoria pero sí en caso que tenga suficiente juicio y se solicite a petición del menor, del Ministerio Fiscal, de las partes y del Equipo Técnico del Juzgado

La omisión en relación a la audiencia de César podría suponer vulneración del art 24 de la CE que como ha dicho el Tribunal Constitucional constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los menores, art 24 de la CE. De ahí que cuando un menor quiera hablar con el juez, este no puede negarse a recibirlo; salvo que esa decisión la adopte mediante resolución motivada, que deberá comunicar al Ministerio Fiscal y al propio menor, como establece el art 9 LOPJM.

Finalmente, la solución que utiliza el Tribunal viene resuelta por el art 9 de la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, y en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos que se resuelva sobre su custodia (FJ QUINTO). De manera indirecta se utiliza este artículo como cláusula de cierre, el principal y general en la audiencia del menor para garantizar la protección del menor siempre.

En función de esta resolución se acuerda la nulidad de oficio de la sentencia en base al art 238 de la LEC para retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia y practicar la audiencia de los menores.

1. Valoración y crítica: la adecuación de la solución a la legalidad vigente

Tras ver el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cabe discutir si la solución a la que llega el Tribunal es la correcta. Nos pueden surgir numerosas dudas de interpretación del art 770.4 II de la LEC, ya que la finalidad de su última modificación era adecuarlo al régimen de mutuo acuerdo del art 777 de la LEC prescindiendo de la obligatoriedad de este trámite a no ser que se declarase de oficio por el juez o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial.

Pasando a analizar su redacción observamos que el supuesto de hecho es que nos encontremos ante un procedimiento contencioso, y que se estime necesario de oficio por el juez o a petición del MF, partes, etc. Una vez que se estime necesario esa audiencia se

oír a los menores si tuviesen suficiente juicio, a los mayores de 12 se les oír en todo caso, sin necesidad de analizar si tuviesen suficiente juicio. Pero antes, es obligatorio que se declare necesario por los sujetos que hemos detallado anteriormente.

Si se compara este art. 770.4ª.II LEC con la regulación anterior, se advierte que la modificación afecta a la segunda frase del precepto, tras el punto y seguido, se enumeran los sujetos legitimados para solicitar la audiencia (en los mismos términos que ya prevé el art. 777.5 LEC), y se añade la fórmula “si se estime necesario”. Las dificultades se plantean por esta última expresión.

En mi opinión, debemos hacer especial referencia a esa expresión “si se estime necesario” que es lo que diferencia a las anteriores redacciones que eran imperativas y no la llevaban.

Podrían defenderse varias interpretaciones del nuevo art. 770.4ª.II LEC:

1) Si el menor tiene más de doce años, habrá que oírlo siempre (audiencia imperativa), pero si es menor de esa edad y tiene juicio suficiente, deberá ser oído si el juez lo considera necesario.

2) La audiencia se producirá cuando el juez la considere necesaria y estime que el menor tiene juicio suficiente y siempre lo tendrá si tiene más de doce años.

3) La audiencia se producirá cuando la considere necesaria y cuando el juez estime que el menor tiene juicio suficiente, tenga o no el menor más de doce años.

Sobre esta cuestión la última doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las SSTC de 26 mayo 2008 y de 29 junio 2009 haciendo una interpretación integrada de los arts. 9,2 de la LO 1/1996 y 92,2 y 6 Cc. señala: "La audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9,2 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor" (art. 92,6 CC). Así pues, podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya

sea conocida a través del informe pericial psicosocial emitido por el equipo técnico del Juzgado, en base a las manifestaciones hechas por el menor a los peritos.

La interpretación práctica actual y la interpretación jurisprudencial de ambos artículos señala, que se puede prescindir de dicha audiencia del menor en los procesos de familia cuando la opinión del menor ya sea conocida (ambos artículos 770 LECiv y 92 Cc., redactan "...si se estima necesario...") a través del informe del perito psicosocial redactado por el Equipo Técnico Judicial, basadas en las manifestaciones realizadas por el menor de edad.

Teniendo en cuenta esta interpretación, vamos a señalar cual hubiese sido la solución correcta del Tribunal:

Partimos del hecho de que nos encontramos con una modificación de medidas definitivas de carácter contencioso, jugaran los arts. 775, 770.4ºII de la LEC y art 92.2 y 6 del Cc.. Para que se diese esa audiencia en base al art 770.4º II era necesario que el juez de oficio la declarase necesaria o a petición del Ministerio Fiscal, de los padres, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

En los hechos no consta en ningún momento que esto suceda, por tanto no se debía declarar la nulidad de la sentencia ni retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos.

Suponiendo que esta audiencia se declarase necesaria de oficio por el juez o a petición, el modo de proceder según la interpretación del art 770.4º II sería la siguiente: a César mayor de 12 años se le daría audiencia sin necesidad de ningún trámite previo y Referente a Tarsila, menor de esa edad para darle trámite a la audiencia, se debería declarar primero que tiene suficiente juicio, por tanto previamente se la examinaría. Y dependiendo de su suficiencia de juicio se le daría trámite a la audiencia.

Finalmente, la notable contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que alega el Ministerio Fiscal en el FJ 3º no tiene sentido ya que esa contradicción vino solventada con la Ley 15/2005 y posteriormente la Ley 13/2009. En esta ocasión se apoya el TC integrando ambas regulaciones a través de lo dispuesto

en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y la Convención de Derechos del Niño en su art. 12 y considerando que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, y en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio.

Todo esto a lo largo de los últimos años se ha querido evitar, en el sentido de establecer como obligatorio un trámite que en ocasiones pueda llegar a perjudicar al menor.

Estas contradicciones y giros doctrinales hacen crear una inseguridad jurídica que solo va a perjudicar al menor que en algunas ocasiones se le va a presionar a hablar.

En mi opinión, por un lado no se debe establecer un criterio rígido como la edad que obliga a dar audiencia siempre y en todo caso a los mayores de 12 años, el criterio que se establezca debe ser, sin excederse, un tanto flexible para poder adaptarlo al supuesto de hecho concreto y llegar a la solución menos gravosa para el menor. Y por otro lado, la doctrina y jurisprudencia tienen que procurar llevar la misma senda en sus fallos y establecer unanimidad de criterio para evitar esa inseguridad jurídica.

VI. CONCLUSIONES

Tras finalizar el presente trabajo he podido extraer las siguientes conclusiones:

La audiencia del menor desde el punto de vista abstracto es algo bueno ya que se le tiene en cuenta. Sin embargo, no siempre será necesaria esa audiencia, especialmente en aquellos casos que superar el trámite pueda perjudicar al menor.

El niño no ha de ser necesariamente oído directamente por el Juez si esta comparecencia puede ser contraria a sus intereses. La comparecencia ante el Juez puede implicar un riesgo de infligir un daño psicológico al niño. Es fundamental que el menor entienda el objetivo de esa entrevista y quién será el responsable final de la decisión judicial para evitar en la medida de lo posible que ésta le repercuta negativamente en su estabilidad emocional. La audiencia del menor en los procesos que le afecten debe ser entendida como un trámite encaminado a beneficiarle y no como un trámite obligatorio por el que ha de pasar el menor perjudicando su interés, se debe prescindir del mismo, siempre que ello redunde en beneficio del menor.

Con base en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y art. 92.2 CC que un niño o adolescente sea oído en un procedimiento civil es un derecho y no una obligación. Tras la reforma del art 92 operada por la Ley 15/2005 esta figura se ha querido configurar más como un derecho del menor que como una obligación impuesta legalmente al juez.

El presupuesto que deberá darse para que el menor pueda ser oído es que haya cumplido doce años, puesto que en tal caso el legislador presupone que tiene capacidad para entender. Si el menor no tiene todavía doce años para poderle oír será preciso que tenga suficiente juicio. En esos casos se oirá al menor si el juez lo estima necesario, bien de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes, Equipo Técnico judicial o del propio menor.

Esta interpretación no es unánime. La jurisprudencia, en ocasiones, es vacilante al respecto, y a veces se aparta de ella, como sucede en la sentencia objeto del comentario. Sería deseable una regulación en la que de forma clara y explícita se aclarara esta cuestión.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Minoría de edad y derechos fundamentales, Madrid, TECNOS, 2003, pág. 76.
- ALONSO PÉREZ, M. (1997), “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, Act.Civ., 1997-1, pág.26.
- BO JANÉ/CABALLERO RIBERA, “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, La Ley, 1996-6, pp. 1495.
- CASTILLO MARTÍNEZ (2007) “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial” Especial consideración de la custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio” Pág. 1738, Tomo II Editorial La Ley
- DÍEZ GARCÍA, “El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp.412 y ss.
- FONSECA GONZÁLEZ, “El deber de oír a los hijos” en AAVV, La tutela de los derechos del menor, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1984, pp. 138.
- GARCÍA MÁS, “Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor”, Act. Civ., 1997-1, pp.26.
- GUILLÓN BALLESTEROS, “Sobre la Ley 171996, de protección jurídica del menor”, La Ley 1996-1, pp. 1690.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, “La problemática reinserción en su familiar de origen del menor acogido”, DPyC, 2004, N°18, pp. 277.
- GUZMÁN FLUJA/CASTILLEJO MANZANARES, “Los derechos procesales...cit., pp. 106”.

J.RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, “Comentarios a la STS de 11 de junio de 1996”, cit., pp. 81.

LINACERO DE LA FUENTE, M.A (2001), Protección jurídica del menor, Madrid, Montecorvo, pág. 141.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2005) “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, Derecho Privado y Constitución, nº19, págs. 165 y ss.

MARTÍN RICO (2002) “Los hijos menores de edad en la LEC 1/2000” en AAVV, Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar, Madrid, Dykinson, pp. 262.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ,(2013) “Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia”pág.184 y ss.

MATAS RIVAS, “El derecho del menor a ser oído, y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el Derecho aragonés”, RDP, 1996, octubre, pp. 738.

R.BERCOVITZ, en AAVV, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Tecnos, 1984, Vol., pp.1064.

RIVERO HERNÁNDEZ, El derecho de visita, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 174.

SÁNCHEZ PRIETO, A. (1988),”La audiencia del menor en las causas matrimoniales. A propósito de la STS (Sala 1º) de 14 de mayo de 1987”, La Ley, 1988-1, pág. 961.

SEISDEDOS MUIÑO,”Comentario a la STS de 25 de junio de 1994” CCJC, 1994, Nº36, pp.1175 y ss.