

LA AUDIENCIA AL MENOR EN LOS PROCESOS DE CRISIS  
MATRIMONIAL. COMENTARIO A LA STS NÚM. 413/2014, DE 20  
DE OCTUBRE (REC. 1229/2013)

THE HEARING OF THE MINORS IN MARRIAGE CRISIS  
PROCEEDING. COMMENT ON STS N° 413/2014, OF OCTOBER 20  
(REC. 1229/2013)

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 793-810.*

---

Fecha entrega: 09/10/2014  
Fecha aceptación: 1/03/2015

JUAN I. ZAERA NAVARRETE  
Profesor Colaborador de Derecho Civil  
Universidad CEU Cardenal Herrera de Valencia  
jzaera@abogados-mediadores.es

**RESUMEN:** La audiencia del menor, en los procedimientos de crisis matrimonial, aparece configurada de modo diferente en el Código Civil Español, que la caracteriza como un derecho del menor y una potestad del juez, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil que aparece caracterizada como una obligación del juez cuando el menor sea mayor de 12 años. Esta aparente contradicción es resuelta por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de octubre de 2014 acudiendo a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y al Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

**PALABRAS CLAVE:** custodia compartida; edad; alimentos; audiencia al menor; protección del menor; divorcio; mayores de doce años; régimen de visitas.

**ABSTRACT:** The hearing of the minor in marriage crisis proceeding is differently considered in the Spanish Civil Code and in the Spanish Procedural Law. The first one, characterizes it as a right of the minor and as a legal authority of the judge. The Procedural Law considers it as a duty of the judge when the minor is younger than twelve. This apparent contradiction is solved by the Supreme Court in a Judgment of 20th October 2014, appealing to the Organic Law on Minor Legal Protection and the Convention on the Rights of the Child of 20th November 1989.

**KEY WORDS:** joint custody; age; support; hearing of the minor; protection of the minor; divorce; minors older than twelve; custody and visits and communications schedule.

**SUMARIO:** 1. Supuesto de hecho.- 2. Doctrina jurisprudencial.- 3. La regulación de la audiencia al menor en los procedimientos de crisis matrimonial.- 4. La naturaleza jurídica de la diligencia de audiencia al menor.- 5. El interés superior del menor y el derecho a ser oído.- 6. Modo de practicar la audiencia al menor.- 7. Valoración de la capacidad del menor y de su suficiencia de juicio.- 8. Forma de practicar la audiencia al menor.- 9. La falta de audiencia del menor y la nulidad de actuaciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20-10-2014.

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014, comentada tiene su origen en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Sección Primera nº 532/2012 dimanante de los autos de juicio verbal de modificación de medidas n 294/2012, planteado por 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 20 de noviembre de 2011, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y el art. 39 CE, al oponerse, la sentencia recurrida, a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico para determinar las medidas en relación con los menores.

La representación procesal de D. Rodolfo interpuso demanda de modificación de medidas definitivas acordadas, en su día, en divorcio de mutuo acuerdo, contra D<sup>a</sup>. Bibiana, solicitando, entre otras cosas, la custodia compartida de sus dos hijos menores.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense se dictó sentencia estimando la demanda y atribuyendo la guardia y custodia de forma compartida a ambos progenitores por semanas alternas, y estableciendo visitas los miércoles por aquel de los progenitores que no ejerciera la custodia en esa semana; asimismo se establecía el reparto equitativo de los gastos.

Interpuesto recurso de apelación por D<sup>a</sup>. 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.

Por la representación de D. Rodolfo, interpuso recurso de casación en base a lo manifestado anteriormente, y 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, D<sup>a</sup>. Bibiana, acerca de la custodia compartida de los menores adoptada por el Juzgado sin la audiencia de los mismos.

Hay que destacar que la parte demandada no propuso la audiencia de los menores en su día y que la demandante a pesar de haberla propuesto, renunció a su práctica.

Por la recurrida se alegó la necesidad de oír a los menores antes de adoptar un sistema de custodia compartida de acuerdo con los arts. 92.6 CC y 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor.

El Ministerio Fiscal puso de manifiesto la contradicción existente entre la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.1.4<sup>a</sup> y 777.5) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por todas la sentencia de 17 de enero de 2012.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, 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 guardia y custodia de los menores, se oiga a los mismos.

2. La ausencia de la audiencia de los menores es una cuestión apreciable de oficio, dando traslado a las partes para que se pronuncien sobre ello.

La aparente contradicción que existe entre el Código Civil y la LEC viene aclarada por la Ley del Menor y 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, a 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 prueba, debiendo acordarla de oficio el juez.

Conforme a la STC de 6 de junio de 2005, para que el juez decida o no practicar la audiencia es necesario resolución motivada.

En consecuencia, en base al art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se decreta de oficio la nulidad de la sentencia recurrida, mandando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que, antes de decidir sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

3. La audiencia al menor configurado como un derecho del mismo a ser oído son regulados en diferentes normas tanto nacionales como internacionales.

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, que, como hemos visto, 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 de Enjuiciamiento Civil hace referencia a la audiencia del menor en los arts. 770.4 y 777.5, así el primero de ellos 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 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”.

Hay que destacar, que aunque se regula la audiencia al menor tanto en los procesos matrimoniales contenciosos como de común acuerdo, el análisis del presente artículo se centrará en el procedimiento contencioso.

A nivel internacional, esta materia se regula como ya hemos podido observar 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 1989, Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990, 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.

4. Dentro de los medios de prueba se regula, en el art. 299 LEC, el reconocimiento judicial. Con la reforma de la LEC en el año 2000 se introdujo una importante novedad que fue el reconocimiento de personas.

En los procesos de familia, es muy frecuente la práctica de esta diligencia, considerándose por la doctrina más extendida de que se trata de un tipo de

reconocimiento judicial de personas un tanto especial por el hecho de que sea un menor quien es el objeto de este reconocimiento.

Como señala GONZÁLEZ DEL POZO (GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Medios de prueba”, en AA.VV.: *Los procesos de familia: Una visión judicial* (Coordinador: HIJAS FERNÁNDEZ). Madrid (2009): Colex, pp. 493 y ss.), podemos considerar que existen, dentro de la doctrina, dos posiciones claramente diferenciadas sobre la naturaleza de la audiencia al menor. Una primer postura es la que la considera como un medio de prueba, en concreto lo enmarca dentro de la prueba del reconocimiento de personas, por lo que debería de acudirse a la regulación contenida en los arts. 353 y siguientes y en particular al art. 355 LEC, debiendo acomodarse dichas normas a las especialidades que resultan de la persona del menor [LÓPEZ YAGÜES, V.: *La prueba del reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid (2005): La Ley, p. 195].

Otro sector doctrinal niega a la audiencia al menor el carácter de medio de prueba, no siéndole aplicable las normas reguladoras del reconocimiento judicial de personas, ya que, según afirman, ni aparece en la relación de los medios probatorios enumerados en el art. 299 LEC, ni, como veremos, rigen los principios de contradicción y publicidad, ni el de documentación en forma plena. En esta línea se encuentran BROCA-MAJADA y CORBAL FERNÁNDEZ: *Práctica procesal civil*. Hospitalet de Llobregat (2014): Bosch, 23<sup>a</sup> Ed., Tomo IX, p. 8917, para los cuales el hecho de que en la “práctica forense esta diligencia haya quedado siempre sustraída a la presencia e intervención contradictoria de las partes, y, en ocasiones, su contenido, desvirtúa su condición de medio de prueba, al no practicarse conforme a lo prevenido en el artículo 289 de la LEC de forma contradictoria, en vista pública o con publicidad”.

La postura intermedia mantenida por GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “Medios de”, cit., p. 496, entiende que no hay grandes diferencias entre las dos posturas mayoritarias ya que si bien es cierto que la audiencia de los menores no está mencionada como medio de prueba en el art. 299 de la LEC, se debe de enmarcar dentro de la prueba del reconocimiento judicial de personas del art. 355 LEC, si bien “es una prueba de reconocimiento sui generis”, cuyas especialidades derivan del hecho que es objeto de prueba (opinión del menor) y de que esta audiencia sea configurada como un derecho del menor.

No obstante, podemos mantener con ABEL LLUCH, X.: *El reconocimiento judicial*, (VLEX-393203654), que aun cuando no aparezca recogida en la enumeración de los medios de prueba (art. 299 LEC) y “se configure legalmente como un derecho del menor (arts. 92 CC y 9 LOPM), tiene una trascendencia probatoria indiscutible”, en cuanto la audiencia del menor

permite obtener datos relevantes sobre el objeto del procedimiento y que “permite cobijarlo dentro del reconocimiento judicial de personas (arts. 353 y 355.1 LEC), si se quiere como una modalidad del mismo en atención al sujeto (hijo menor) sobre el que se practica, lo que justifica un tratamiento excepcional –por lo demás legalmente previsto (arts. 138.2 y 754 LEC)– en cuanto a las reglas de publicidad de la prueba”.

Por lo demás, y a pesar de que se configure como un derecho del menor, la audiencia al mismo es un trámite legal obligatorio cuando el menor ha alcanzado los 12 años de edad, según establece el art. 770.4 LEC.

5. El principio de salvaguarda del interés superior del menor, hoy reconocido universalmente, es un principio básico en todo Ordenamiento que regula la protección del menor y los asuntos que al mismo le afectan.

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 (*La defensa de los menores y el Fiscal*, disponible para su consulta en [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes\\_del\\_menor-derecho\\_del\\_menor-proteccion\\_juridica\\_del\\_menor\\_defensor\\_judicial\\_del\\_menor\\_11\\_556930014.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes_del_menor-derecho_del_menor-proteccion_juridica_del_menor_defensor_judicial_del_menor_11_556930014.html)).

La Convención de Derechos del Niño, declara en su art. 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”, y en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos —de forma especial la referida Convención— el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional en su art. 39.4 (DE PALMA DEL TESO, A.: *La condición de menor y su posición jurídica en el ordenamiento. Principios rectores de la protección pública de los menores*, <http://vlex.com/vid/400135878>).

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. Dentro de tales criterios generales el citado artículo menciona: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Y ello ponderado con ciertos elementos generales como la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, etc.

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.

Es por ello, como decíamos, que se ha convertido la audiencia al menor en un derecho del mismo de cuyo cumplimiento ha de vigilar, en el caso que nos ocupa, la autoridad judicial. Así dentro de la jurisprudencia menor, la SAP Valencia 30 abril 2002 (JUR 2002, 185690) destaca el derecho del menor a ser oído en cualquier ámbito que esté directamente implicado y que lleve a una decisión que le afecte en su esfera personal, social o familiar, llegando a poner de manifiesto que esa falta de audiencia podría dar lugar a la nulidad de actuaciones, tal y como hace el Tribunal Supremo en la sentencia origen de este comentario.

Este derecho del menor de ser oído, tal y como señala SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “El procedimiento contencioso de crisis matrimonial”, en AA.VV.: *Las crisis matrimoniales*. Valencia (2010): Tirant Lo Blanch. p. 444, ha sido elevado por nuestro Tribunal Constitucional a rango de derecho fundamental integrado

dentro del art. 24.1 de la Constitución que regula el derecho a la tutela judicial efectiva, de tal manera, que cuando no se lleva a efecto se produce una vulneración de dicho derecho.

Así la STC 221/2002, de 25 de noviembre (TOL 224.822) establece que “A estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE.”; en el mismo sentido la STC 152/2005, de 6 de junio (TOL 673515), siempre que el niño esté en edad suficiente para tener en cuenta su opinión.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional, tras la reforma realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cambió de doctrina al establecer, en la Sentencia 163/2009, de 29 de junio (TOL 1.568.067), que en esta redacción, introducida por la citada ley, “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 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”. Evidentemente, esta postura se manifestó, sin que estuviera vigente la nueva redacción del art. 770.4 LEC, llevada a cabo por la ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que viene a establecer el carácter obligatorio de la audiencia a los mayores de 12 años.

Todo ello, nos lleva a plantearnos si la audiencia al menor, dada la diversidad de artículos reguladores de la misma, tiene carácter imperativo o, por el contrario, facultativo. Así, teniendo en cuenta la regulación contenida en el art. 770.4 de la LEC reformado por la Ley 13/2009, y por tanto posterior a la reforma del art. 92.6 CC, se podía afirmar que la audiencia al menor tendrá

carácter obligatorio cuando el menor sea mayor de doce años. En este sentido, atendiendo a estos preceptos, coincidimos con SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “El procedimiento contencioso”, cit., p 445, en que la diferente regulación existente entre la LEC y el CC debe de resolverse en favor de la norma posterior, en este caso de la LEC, que establece la imperatividad de la audiencia del menor cuando este sea mayor de doce años.

Estas afirmaciones deberán, no obstante, matizarse a la luz de la reforma del art. 9 LO 1/1996 efectuada por la LO 8/2015, que establece en su apartado 1º el derecho del menor a ser oído sin discriminación alguna por edad, garantizando el ejercicio de este derecho, cuando tenga suficiente madurez, madurez que se entiende que existe, en todo caso, cuando el menor tenga 12 años, por lo que parece que con la nueva regulación ya no existe esa separación tan tajante entre el carácter facultativo de la audiencia respecto de los menores de 12 años y el carácter imperativo respecto de los mayores de dicha edad, ya que cuando el menor tenga suficiente madurez, aunque no alcance dicha edad, deberá de ser oído, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

En los demás casos, tendrá carácter facultativo para el juez, que podrá o no decidir llevar a cabo esta diligencia, cuando se estime necesario de oficio, o a petición del Ministerio Fiscal, las partes, el propio menor o miembros del equipo técnico judicial y siempre que el menor tenga suficiente juicio.

Llama la atención que se permita al equipo técnico judicial que pueda solicitar que se lleve a cabo la audiencia al menor ya que no son parte en el proceso y difícilmente puedan solicitar la práctica de diligencias en el proceso.

Hay que poner asimismo de manifiesto que, respecto al hecho de que sea el menor el que solicite ser oído, y a pesar de ser un derecho del que goza, habrá que tener en cuenta que ese derecho no es absoluto sino que puede ser denegada esa solicitud y que según el art. 9 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la denegación se producirá cuando no sea posible o cuando la audiencia no convenga al interés del menor. Dicha denegación, a decir del citado artículo, deberá de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y sus representantes legales. Por tanto, nos encontramos ante un derecho del menor que no tiene carácter absoluto ya que puede ser limitado en ocasiones, pero siempre de modo motivado y atendiendo primordialmente a su superior interés.

En este sentido, es relevante la SAP Valladolid 24 mayo 2006 (JUR 2006, 177562), que señala: “El art. 9 debe ser interpretado en términos de gran amplitud y flexibilidad, relacionando cada uno de sus apartados, pues no solo debe atenderse a su apartado 1, para que sirva a su objeto esencial que, como

todo el de la Ley Orgánica, es el de la protección de los intereses del menor que se satisfacen, no sólo cuando se le oye sino también cuando no se le da audiencia en aquellos casos en que el Juez no la considera necesaria (esos son los términos de los nuevos arts. 92. 6 y 777. 5) o no convenga al interés del menor (art. 9 apartado 2 en relación con el apartado 3).

Los intereses del menor que se protegen en el art. 9 contemplan tanto el derecho a ser oído, que puede ser ejercitado directamente (apartado 2 párrafo primero) o a través o por medio de sus representantes legales cuando no sea posible o no convenga a su interés (apartado 2 párrafo segundo), como la posibilidad de no serlo cuando el Juez le deniegue tal derecho en resolución motivada, que obviamente deberá responder a un posible perjuicio para el menor que pudiese derivarse de la audiencia y que deberá resolverse en cada supuesto conforme a las circunstancias concurrentes”.

De todo lo expuesto podemos extraer como conclusión que el interés del menor es superior a cualquier otro interés legítimo y, por tanto, primará aquél sobre cualquier otro, por lo que cuando dicho interés superior pueda verse dañado con la audiencia al menor, el juez deberá denegarla cumpliendo, eso sí, las formalidades de motivación y comunicación antes señaladas. Línea ésta mantenida por la Sentencia que comentamos en su Fundamento de Derecho Quinto y que se recoge hoy, tras la reforma de 2015, en el apartado 3º del art. 9 LO 1/1996.

6. En las normas procesales españolas no se detalla la forma en que debe de practicarse la audiencia al menor, apenas hay escasas referencias al respecto.

Así el art. 770.4.3º de la LEC señala que “en las exploraciones de menores (...) el juez garantizará 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”.

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”.

Éstas eran, hasta ahora, las únicas manifestaciones existentes al respecto, lo que ha dado lugar, tal y como señala el Defensor del Pueblo, a que existan diferencias en la praxis judicial al existir juzgados especializados y juzgados generalistas (Estudio del Defensor del Pueblo sobre “La escucha y el interés

superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia” de mayo de 2014).

En este sentido, la sentencia que comentamos, STS 20 octubre 2014, se limita a reiterar en el Fundamento de Derecho Sexto, lo que dispone la Ley Orgánica de Protección del menor.

En este punto habrá que tener en cuenta lo señalado por el Comité de Derechos del Niño (Observación General 12, § 42 y 43) que manifiesta que la audiencia debe ser realizada en el marco de lo que el Comité denomina un «contexto propicio y que inspire confianza». Existe una clara preferencia por la confidencialidad del acto y se apunta a la posibilidad de que esta audiencia adopte la forma de una conversación más que de un escrutinio (Defensor del Pueblo: “La escucha y el interés”, cit. p. 17).

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.

Por lo demás, si la entrevista versa sobre hechos del procedimiento, nos encontraríamos ante una prueba testifical que debería de realizarse de conformidad con las previsiones legales pero que quedaría fuera de lo que es propiamente la audiencia al menor.

En relación a la audiencia del menor, se plantean muy diversas cuestiones acerca de su práctica.

7. Como apunta el estudio del Defensor del Pueblo, la valoración de la capacidad del menor y de su suficiencia de juicio es una de las cuestiones más críticas, ya que no es propiamente jurídica, por lo que el Juez en muchas ocasiones deberá de acudir al auxilio de técnicos (Defensor del Pueblo: “La escucha y el interés”. Cit. p.18) 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.

En la nueva redacción dada por la LO 8/2015 al art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, la valoración de la madurez del menor se llevará a cabo por personal especializado. Con lo que queda, en principio, superada la polémica mantenida por la doctrina acerca de si el juez ha de realizar la valoración por sí mismo como mantiene SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “El procedimiento contencioso de crisis matrimonial”, cit. p. 450, o si por el contrario debe de auxiliarse de técnicos.

La cuestión no es baladí, ya que la determinación de la suficiencia de madurez, no es tarea fácil, porque no basta con que el menor sea capaz de expresar una opinión sino que se deberá de tener en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

8. En cuanto a la forma de practicar la audiencia del menor, es unánime entre la doctrina y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que ha de realizarse a puerta cerrada y con carácter totalmente reservado. En la *praxis* judicial, se hace normalmente en el despacho del juez, en presencia del fiscal y el secretario judicial, que no usan toga para la ocasión y sin proceder a la grabación de la imagen ni sonido, si bien se documenta en un acta de cuyo contenido puede darse traslado total o parcial a las partes. Todo ello de conformidad a lo dispuesto en los arts. 138.2 y 140.3 en relación con el art. 754 LEC.

Respecto a las personas que pueden intervenir en la audiencia del menor, la práctica de los tribunales entiende que debe de excluirse la intervención de las partes, sus procuradores o letrados, fundándose en el art. 355 de la LEC al permitir que el tribunal pueda excluir la intervención de las partes cuando su presencia pueda ser perturbadora para el buen fin de la diligencia. Pensemos, como apunta GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Medios de”, cit., p. 497, que “la presencia de los progenitores coartaría la libertad del menor, que se vería sometido a la tensión derivada de una eventual confrontación o un conflicto de lealtades”. Incluso la propia Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre en su apartado II, C) 2, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, señala que la exploración “nunca se desarrollará en presencia de los padres”.

El Fiscal siempre ha de estar presente y puede intervenir en la entrevista con el menor. La negativa a su presencia o la negativa a que pueda intervenir, supondrían una nulidad de actuaciones. Así la STC 17/2006, de 30 enero (RTC 2006, 17), señala que “tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso

(art. 749.2 LEC) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores —como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001—, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas”.

En la misma línea se había manifestado la Circular 1/2001 sobre “La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles” de la Fiscalía General del Estado, al disponer que “el Ministerio Fiscal habrá de tomar parte en la exploración de los hijos menores o incapacitados”.

Respecto a la forma en que debe de llevarse a cabo la audiencia del menor, ésta no debe ser un interrogatorio como tal, sino que debe de crearse un clima de confianza y empatía mediante una conversación que haga al menor sentirse cómodo, utilizando un lenguaje conforme a la edad y grado de madurez de modo que permita que la narración fluya de modo natural y espontáneo. Siendo en ocasiones aconsejable, cuando el menor es de corta edad, que asista algún miembro del equipo psicosocial que pueda preparar el terreno para que la diligencia se concluya con éxito. Esta posibilidad se prevé en los art. 770.4 LEC y el nuevo art. 9 LO 1/1996.

Otra de las cuestiones que se plantean, es la forma en que debe de documentarse la audiencia al menor. En concreto nada se dice en la ley sobre la utilización, prevista con carácter general en el art. 147 LEC, de medios de grabación de imagen y sonido. Hay que poner de manifiesto que es una práctica común en los Juzgados que no se lleve a cabo tales registros cuando

se trata de la exploración de menores, y en este sentido también se expresó la citada Circular 1/2001, de la Fiscalía General del Estado, considerando que debería hacerse mediante acta levantada por el Secretario Judicial.

Es unánime la opinión de que debe dejarse constancia de la realización de la audiencia al menor en autos mediante acta extendida por el secretario, ya que de lo contrario la diligencia de audiencia sería nula de acuerdo con lo establecido en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto al contenido del acta existen discusiones en la doctrina acerca del mismo, oscilando las posturas entre la idea de que debe recoger detalladamente las manifestaciones del menor; la que considera que debería recoger de modo abreviado tales manifestaciones y, por último, la que entiende que el Secretario debe recoger el hecho de la realización de la diligencia pero sin reflejar el contenido, lo que en nuestra opinión produciría una indefensión a las partes, siendo necesario que quede constancia aunque sea someramente de las manifestaciones del menor a fin de que pueda ilustrar en su caso al tribunal en una posible apelación. No obstante el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en su nueva redacción, establece en el apartado 3º in fine que en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

9. Como ya hemos señalado, centrándonos en el supuesto del proceso contencioso de crisis matrimonial, 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, ya que como apunta GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Medios de”, cit., p. 511, 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 LEC.

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.

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 guardia 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.

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.

La postura mantenida por la sentencia que comentamos, ya fue mantenida por el mismo Tribunal, si bien, basándose en el art. 92.2 CC, en STS 14 mayo 1987 (RJ 1987, 3550) al disponer que “el párrafo segundo del artículo 92 del Código Civil en cuanto preceptúa que las medidas judiciales, que en los pleitos sobre separación, nulidad y divorcio del matrimonio, han de adoptarse en relación con el cuidado y la educación de los hijos, lo serán en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio «y siempre a los mayores de doce años», establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento por los órganos jurisdiccionales que conozcan de los referidos litigios”. Da así la razón al Ministerio Fiscal al considerar que “ciertamente tal vulneración del citado art. 92.2 se produjo al no oír en litigio de divorcio en que eran partes demandante y demandada los padres de una menor con doce años de edad, a la misma, conclusión que, además, abona la preceptiva contenida en el número 3 del artículo 6.º del Código Civil y es concorde con lo establecido en los números 3 y 4 del artículo 39 de nuestra Constitución respecto a la protección de los derechos de los menores”.

Por lo demás hay que poner de manifiesto como la línea de la Sentencia comentada sigue la senda trazada por la doctrina Constitucional en el sentido de que es preceptiva la audiencia del menor, en todo proceso en que haya de adoptarse una decisión que le afecte en su esfera personal, social o familiar, cuando el mismo posea la madurez y condiciones suficientes para formarse un juicio propio, integrándose, como ya hemos puesto de manifiesto, el derecho a ser oído en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y que resultará vulnerado cuando se omita la audiencia al mismo dando lugar a la nulidad de actuaciones. 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, esta última mencionada en la sentencia comentada, y en la que decreta la nulidad de las actuaciones y su retroacción al momento anterior a dictar sentencia para que se proceda a oír a los menores “de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad”.

Por último, y a modo de conclusión, merece atención, por su interés, el que las reformas llevadas a cabo por la LO 8/5015 de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia han venido a recoger buena parte de las recomendaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo a la Secretaría de Estado de Justicia (Defensor del Pueblo: “La escucha y el interés”, cit. p.47) respecto de la materia objeto de la sentencia comentada, entre ellas las siguientes:

1. Configurar la escucha del menor como un derecho de éste, no sujeto a criterios de necesidad u oportunidad; ello supone oír al niño y tomar en consideración lo que dice.
2. Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del niño a ser escuchado, sustituyéndolos por la presunción de la capacidad del menor para formarse un juicio propio.
3. Establecer que la apreciación de falta de madurez a estos efectos debe venir sustentada por un informe técnico del equipo psicosocial adscrito al juzgado, que deberá tener presente el enfoque al respecto de la Convención y el Comité de Derechos del Niño.
4. Introducir para los procesos de familia la previsión de nombramiento de un defensor judicial cuando el fiscal y el menor discrepen sobre lo que conviene a su superior interés.
5. Incorporar los principios que han de regir los actos de audiencia del menor;
6. Establecer un deber de motivación reforzado de las decisiones judiciales, particularmente cuando el juez se aparte de la opinión manifestada por el menor o cuando no haya procedido a su escucha, contemplar la comunicación al niño de la decisión judicial adoptada en aquello que le afecte y otorgarle vías específicas de recurso, aun cuando no hubiera sido parte del proceso de instancia.