

EL INTERÉS DEL MENOR Y SU PARTICIPACIÓN
EN LOS PROCESOS DE FAMILIA TRAS LA LO 8/2021
DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y
ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

CHILD'S INTEREST AND HIS ROLE IN FAMILY PROCESSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1370-1395



Beatriz
MORERA
VILLAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Cuando una pareja con hijos comunes menores de edad deja de convivir surge la necesidad de determinar las reglas o normas por las que se regirá la nueva situación familiar. Habiendo hijos comunes es innegable que la mayoría de las medidas que se adopten les repercutirán en la medida en que estas decisiones necesariamente afectarán a su esfera personal, social, económica y familiar. En estos casos el interés superior del menor o principio “favor filii” cobra especial importancia ya que el menor tendrá derecho a ser parte en el proceso en el que se adopte cualquier decisión que le afecte. La cuestión principal residirá en cómo garantizar los derechos de los menores salvaguardando su interés, como consideración primordial, y cómo en la audiencia del menor deben garantizarse especialmente todas aquellas medidas encaminadas a garantizar este bienestar así como todos sus derechos fundamentales. Así, el Juez no sólo dispondrá de un elemento más de valoración para determinar el régimen de custodia más beneficioso para el menor, sino que se estará dando cumplimiento a todas las medidas de protección integral de la infancia y adolescencia que deben ser tenidas en cuenta en cualquier proceso que les afecte.

PALABRAS CLAVE: Audiencia del menor; crisis familiar; interés del menor; procesos de familia; protección integral del menor.

ABSTRACT: *When a couple with minor common children ceases to live together, the need arises to determine the rules or norms by which the new family situation will be governed. Having common children, it is undeniable that most of the measures adopted will affect them to the extent that these decisions will necessarily affect their personal, social, economic and family sphere. In these cases, the best interest of the minor or “favor filii” principle takes on special importance since the minor will have the right to be a part of the process in which any decision that affects him or her is adopted. The main question will reside in how to guarantee the rights of minors while safeguarding their interest, as a primary consideration, and how in the hearing of the minor all those measures aimed at guaranteeing this well-being as well as all their fundamental rights should be especially guaranteed. Thus, the Judge will not only have one more element of assessment to determine the custody regime that is most beneficial for the minor, but will also be complying with all the comprehensive protection measures for childhood and adolescence that must be taken into account in any process that affects them.*

KEY WORDS: *Hearing of the minor; family crisis; interest of the minor; family processes; comprehensive protection of the minor.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INTERÉS DEL MENOR.- III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA DEL MENOR.- IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA AUDIENCIA DEL MENOR TRAS LA LO 8/2021, DE 5 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.- 1. Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia del menor.- 2. Evaluación de la capacidad del menor. 3.- Práctica de la audiencia del menor. Valor y comunicación de los resultados.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En los procesos de nulidad, separación y divorcio o en los relativos a medidas paternofiliares, para los casos en los que no existe matrimonio entre los progenitores, será necesario determinar cómo se va a reorganizar la familia para adaptarse a la nueva situación tras la ruptura. En todos estos casos las medidas que se adopten deberán garantizar el bienestar de los menores, razón por la cual en todas las decisiones que les afecten deberá prevalecer el interés superior del menor o principio *favor filii*.

Una de las decisiones que más afectará a los menores, principalmente a su esfera personal, será la relativa a la atribución de la guarda y custodia. Los hijos menores van a pasar, en principio, de convivir con ambos progenitores a hacerlo con un solo de ellos en cada momento. Cuestión a parte es cuánto tiempo estén con cada progenitor y ante qué modelo de guarda y custodia estemos, pero la cuestión principal es que con los dos a la vez ya no van a estar.

Siendo ésta una cuestión tan trascendental para la vida de un menor no es de extrañar que toda la normativa tanto internacional como nacional establezca unas reglas para que el propio menor pueda “ser parte” del proceso judicial donde poder manifestar sus opiniones y que el Juez pueda, además, tener un elemento adicional de valoración a la hora de establecer las nuevas reglas de convivencia familiar.

Para valorar la intervención de los menores y hasta la entrada en vigor de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia, se diferenciaba si estábamos ante un proceso judicial de mutuo acuerdo o contencioso. En el primero de los casos era muy probable que el menor no tuviera que intervenir, pero para el segundo de los supuestos, la madurez y la edad del menor jugaban un papel fundamental.

• **Beatriz Morera Villar**

Profesora Agregada Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Email: beatriz.morera@ucv.es

Ahora, y como posteriormente estudiaremos, ya no será necesario diferenciar si estamos ante un proceso de mutuo acuerdo o contencioso ya que tal y como se deriva del art. 11¹ de la mencionada LO, la intervención del menor será preceptiva y su derecho a ser oídos deberá siempre ejercitarse, salvo en aquellos supuestos en los que exista una resolución judicial motivada que afirme que la audiencia del menor podría ser contraria a su propio interés atendiendo a sus circunstancias particulares y al caso concreto. Así se busca una absoluta participación del menor en cualquier cuestión que pueda afectar a su vida restringiendo sólo el derecho en caso de no asegurar su necesaria protección integral. Y el Juez deberá dictar una resolución judicial motivada en la que se pronuncie sobre “este asunto” (art. 154 CC).

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

No se puede estudiar la participación de los hijos menores de edad en los procesos de familia con independencia del sobradamente conocido y reiterado interés del menor. Se debe determinar, en primer lugar, el marco legal o normativo que se refiere al mencionado interés para que se pueda comprender mejor su relación con la intervención del menor en aquellos supuestos en los que va a adoptar decisiones que les afecten.

Son múltiples y de muy diferentes rangos las normas que se refieren al interés del menor. Hay normas internacionales, europeas, estatales, etc.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (entró en vigor en marzo de 1976), señala en su art. 24.1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. No se refiere directamente al interés del menor, pero sí hace referencia a derechos que se entienden dentro de la esfera de protección del mismo.

Se puede decir que el término interés del menor es realmente reciente, pues la primera vez que se hace alusión a él, es en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Su art. 3.1 señala que “en todas las medidas concernientes a los niños

¹ Art. 11 LO 5/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia: “los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior”.

que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Se hace alusión al mismo pero no se da ninguna definición sobre qué debemos entender por interés del menor y cómo deberemos aplicarlo. Se trata de un concepto jurídico indeterminado y que habrá de valorarse en su contexto, tiempo y lugar².

La Convención de los Derechos del Niño señala, además, en su art. 12 que: “1. Los Estados parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Por su parte, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 dispone en el apartado segundo de su art. 24 que: “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

Tras la promulgación de la Constitución Española en el año 1978, en el marco de la regulación constitucional, los menores quedan integrados dentro de la familia. El Capítulo III del Título I se refiere a los “principios rectores de la política social y económica” y en él establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la “protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velarán por sus derechos a la vez que impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda”³.

En los años siguientes a la Constitución Española sucedieron normas específicas relativas a la protección de los menores como por ejemplo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LPJM). La mencionada Ley modifica numerosos preceptos del Código civil para aumentar o consolidar una mayor y mejor protección del interés de los menores.

2 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El Interés del Menor*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 70.

3 POSADA FERNÁNDEZ, M.T.: “El Derecho de Audiencia del menor en los procedimientos que les afecten”, en AA.VV.: *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y adolescencia)* (coord. por J. SOLÉ RESINA), Dykinson, Madrid, 2018, p. 199.

La exposición de motivos de la propia LPJM⁴ se refiere a que la protección del niño consiste en considerar a éstos como “personas titulares de derechos, que poco a poco irán adquiriendo una mayor capacidad para ejercerlos”. Añade que “la mejor forma para garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”. Por su parte, el art. 3, se centra, principalmente, en la obligatoriedad de respeto a los Tratados y Convenios internacionales reconociendo los derechos que en éstos se establezcan a favor de los menores. Y es el art. 9 de la mencionada Ley el que se refiere al derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento en el que se vea involucrado y pueda tomarse alguna decisión que le afecte.

Recientemente, y ante la necesidad de dar una mayor protección a los menores, así como reforzar todos los sistemas jurídicos para su protección y defensa, se ha promulgado la Ley Orgánica 8/21, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Esta Ley, como indica en su exposición de motivos es esencial para “asegurar y promover el respeto a su dignidad humana e integridad física y psicológica”. De hecho, califica como violencia a efectos de la mencionada norma en su art. 2 “toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza e interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma o medio de comisión”. La mencionada Ley hace una detallada regulación sobre cada una de las posibles situaciones de violencia entre las que se encuentra, por ejemplo, “no poder ejercitar su derecho a ser oídos en aquellos procedimientos en los que se vayan a adoptar decisiones que les afecten”. Se deduce, por tanto, de este precepto, que la inobservancia, incumplimiento o no ejercicio de aquellos derechos que corresponden a los menores, constituye un atentado contra su bienestar y es, en consecuencia, una forma de violencia.

Con respecto a la participación del menor y al aseguramiento de su bienestar en situaciones de crisis familiar o en que haya de adoptarse decisiones que les afecten, cuestión que más adelante abordaremos, señala el art. 3 de la mencionada LO 8/2021, que entre sus fines está el de “reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas debidamente en cuenta” en todos aquellos procesos en los que se puedan ver implicados.

Cuando hablamos de un menor inmerso en una situación de crisis familiar de lo que se trata es de protegerle, de salvaguardar sus intereses y derechos dentro de una familia, con independencia de los cambios que en ésta se puedan producir. Lo importante será intentar, a pesar de la ruptura sentimental de los progenitores,

4 ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.p. 32; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés*, cit., p. 31; ASENCIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 64.

dar la máxima continuidad posible a las relaciones familiares de manera que el menor note el mínimo cambio posible aún a pesar del cese de la convivencia de sus progenitores. La propia LO también hace una mención a la parentalidad positiva y a fomentar mecanismos que favorezcan las buenas relaciones familiares a pesar de la ruptura sentimental.

Otra de las normas que protege al menor es el Código civil que en relación a su derecho a ser oído, señala el apartado 2 del art. 92 que el Juez deberá velar “por el cumplimiento de su derecho a ser oído”. Tras la publicación de la mencionada LO 8/21, se añade, además, la obligatoriedad de que el Juez emita “una resolución motivada sobre esta cuestión” lo que nos lleva a la conclusión, como más tarde analizaremos, que en principio el menor deberá intervenir y sólo no lo hará en caso de ser contrario a su bienestar. En estos casos así lo hará constar el Juez a través de una resolución motivada.

El apartado 6 del mencionado art. 92 al referirse a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, también se refiere a esta cuestión al señalar que “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar el 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...”.

También en el art. 154 CC, relativo a la patria potestad afirma que: “si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo”. En sede de patria potestad y refiriéndose al ejercicio de la misma también el art. 156.2 CC señala que: “en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre”. Por su parte, el art. 159 CC al referirse a la decisión sobre la guarda y custodia de los hijos señala que si los progenitores no se ponen de acuerdo “el Juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

La Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) también establece mecanismos especiales para aquellos procedimientos judiciales en los que los menores se vean afectados. Se trata de proteger a los menores para que aquellos procedimientos que les puedan afectar les resulten lo menos traumáticos posible, y siempre se salvaguarden sus derechos fundamentales. La protección de la Ley de Enjuiciamiento civil hacia los menores queda manifestada en la regulación de los procedimientos que les afectan. Esta regulación se encuentra en el Libro IV bajo la rúbrica “los procesos especiales”. En este sentido, cuando se trate de cuestiones que afecten a los menores, no se seguirán las reglas de los procesos ordinarios o comunes, sino las

reglas relativas a los procesos especiales. Zarraluqui⁵ Sánchez-Eznarriaga señala que, "para la constatación del beneficio o perjuicio del menor hay normas que determinan su intervención en los procesos que les puedan afectar". En materia matrimonial, añade este autor, "los menores de edad o incapacitados son, en los procedimientos matrimoniales, objeto de una protección singular".

En concreto, el art. 770.4º LEC, que regula el proceso contencioso de separación y divorcio, se refiere a la audiencia del menor afirmando que ésta tiene carácter preceptivo a partir de los doce años al señalar que: "... si el procedimiento fuere contencioso y se estima 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".

A los casos de mutuo acuerdo se refiere el art. 777.5 LEC en los que el Juez sólo recabará la opinión del menor cuando de lo acordado por las partes considere que no se salvaguarda el interés del mismo. Lo habitual⁶ hasta la LO 8/2021 era que en los procesos del mutuo acuerdo no se solicitara la audiencia del menor, quedando ésta reservada a los supuestos en los que el Juez o el Fiscal consideraran necesario oír a los menores. En estos casos se aplicaba el criterio de la suficiente madurez o juicio del menor. La LO 8/2021 tampoco ha modificado la LEC pero sí el art.154 CC y ahora señala que "deberán ser oídos siempre... sea en un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo".

También debemos hacer alusión a otras normas como la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio (LJV), que en su art. 85.I se refiere a la posible participación en los procesos de patria potestad si el "menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años".

Para respetar el interés del menor en el caso que nos ocupa resulta imprescindible recordar la reforma del art. 92.I CC por la LO 8/2021, de 4 de junio, por la que se establece como requisito necesario en los casos de nulidad separación o divorcio la resolución motivada del Juez sobre si es necesaria o no la audiencia del menor atendiendo al interés superior de éste.

Tras la entrada en vigor de la mencionada LO 8/2021 la duda que se genera surge en torno a los requisitos de edad y suficiente madurez a los que siguen haciendo referencia otras normas, como la LEC, la LPJM, la LJV y que el legislador ha obviado o quizás olvidado modificar. De lo que no hay duda es de que con anterioridad a la misma estos requisitos, edad y madurez, tenían especial relevancia.

5 ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L y otros: *La conflictividad*, cit., p.52

6 ARANGÜENA FANEGO, C.: "Crisis Matrimoniales", en AA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 144.

La edad, en concreto los doce años y la suficiente madurez que pueda tener el hijo menor de edad para participar y formarse una opinión sobre las decisiones que les puedan afectar eran criterios determinantes para su audiencia.

El interés del menor en estos casos se concretará a través de su audiencia en los casos en los que legalmente proceda y haciendo ésta, como posteriormente estudiaremos, con los requisitos y las formas que mejor convengan para que el menor pueda sentirse en un ambiente propicio para manifestar sus opiniones. Aunque luego concretaremos los supuestos de participación del menor tenemos que recordar que si bien la edad sí constituye un criterio objetivo de actuación, no ocurre lo mismo con el criterio de “la suficiente madurez” ya que éste es un concepto jurídico indeterminado que habrá que valorar en cada caso concreto.

Especial relevancia tiene también la figura del Ministerio Fiscal, los gabinetes de equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de familia y, principalmente, los Jueces que son los encargados de decidir sobre la audiencia del menor (art. 92.I CC) y hacer los estudios oportunos para finalmente determinar cuáles son las circunstancias más apropiadas para la práctica de la misma. Los informes de los equipos psicosociales son muy importantes aunque no vinculantes ni para el Ministerio fiscal, ni para el Juez, como seguidamente estudiaremos.

III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA DEL MENOR.

Una de las cuestiones principales que ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina⁷ ha sido la relativa a la naturaleza jurídica de la audiencia del menor teniendo que resolver diversos aspectos sobre ella.

El primero de ellos es el alcance y configuración del derecho del menor a ser oído. En este sentido, como hemos visto en toda la legislación estudiada es cierto que, aunque pueda haber alguna discusión sobre cuándo se debe hacer, es incuestionable que se trata de un derecho otorgado a los menores que deberán poder ejercer en las condiciones que señala la Ley y con las garantías y límites en ella establecidos. Es este sentido, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha afirmado que este derecho constituye un Derecho Fundamental⁸ para los menores y como tal gozará de todas las características de los mismos. Así podemos afirmar que el derecho del menor a ser oído será irrenunciable e intransmisible.

7 ZAERA NAVARRETE, J.I.: “La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3, p. 799.

8 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria*, cit., p. 67.

Un sector doctrinal⁹ también configura este derecho como parte del derecho tutela judicial efectiva, de manera que para que los menores puedan gozar del derecho recogido en el art. 24.I CE, será necesario que puedan ejercer el derecho a ser oídos. Así, si no se ejercita el segundo es probable que se produzca una vulneración del primero. En este supuesto se podría decir que no se ha producido una tutela judicial efectiva en tanto en cuanto, de no producirse la exploración del menor si procediera, el Juez no habría reunido todos los elementos de valoración suficientes para adoptar la decisión oportuna, pudiendo incluso llegar a provocar la nulidad de actuaciones. De hecho, como se puede observar en diversas sentencias de las Audiencia Provinciales¹⁰, las manifestaciones vertidas por los menores como resultado de la exploración son tenidas en cuenta y un elemento más de valoración para el Juez, aunque no determinantes.

La segunda de las cuestiones es si debemos configurar este derecho de los menores como un medio de prueba o como un derecho, aunque es pacífico en la doctrina que no se trata de un medio de prueba. Es decir, no estamos ante una actuación procesal que tenga como fin esclarecer algunos hechos que puedan aparecer como controvertidos, sino de que el Juez pueda tener un elemento más de valoración para adoptar una decisión que va afectar a un menor y en la que tendrá que prevalecer el interés superior del mismo.

No estamos hablando de una prueba testifical¹¹. En estos casos sí se podría llamar al menor en el momento procesal oportuno para que se le pudiera preguntar sobre hechos o circunstancias que ayuden a corroborar o no lo alegado por las partes, que es distinto de lo que el menor pueda sentir o querer sobre si prefiere residir con uno u otro progenitor. En estos casos sería aplicable el art. 361 LEC, que es el que se refiere a la idoneidad de los testigos. Así, la función de la participación del menor en el proceso judicial de familia a través de su audiencia tiene que ver con “la de servir al Juez para conocer lo que el menor pueda manifestar que le interesa, sus preferencias, sus temores, sus aspiraciones, etc., todo ello para poder formar la decisión más adecuada a los intereses del menor”¹².

9 ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *Las Crisis Matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M^a A., SÁNCHEZ MARTÍN, P., 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 541.

10 SAP Illes Balears 15 enero 2020 (TOL 8.377.104), SAP Málaga 30 diciembre 2020 (TOL 8.369.835), SAP Madrid 28 diciembre 2020 (TOL 8.359.877), SAP Málaga 21 diciembre 2020 (TOL 8.369.885).

11 De hecho no aparece recogido como medio de prueba en la enumeración del art. 299 LEC.

12 ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *Las Crisis*, cit., p. 541

IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA AUDIENCIA DEL MENOR TRAS LA LO 8/2021, DE 5 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

I. Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia del menor.

Con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 8/2021 había discusión sobre el carácter preceptivo o facultativo de la intervención del menor, pero ahora y tras la modificación del apartado primero del art. 92.1 CC ya sabemos que “el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre este asunto”. Esto implica que el primer y máximo garante de este derecho será el Juez quien decidirá, desde el inicio, si procede o no esta intervención del menor. Ya no se “discutirá” sobre si procede o no, o sobre si se está vulnerando su derecho o no, sino que si alguna de las partes considera que la resolución del Juez es contraria a los intereses del menor, deberá recurrirla.

La audiencia del menor es un derecho que el Juez reconocerá y que sólo podrá, por tanto, restringir en resolución judicial motivada y antes circunstancias muy concretas.

Lo que deduce la Exposición de Motivos de la LO 8/2021, de su articulado, así como de las modificaciones del Código civil y otras normas, es que se presupone la participación del menor en todo aquello que le pueda afectar. La mencionada LO entiende que el derecho de audiencia del menor debe considerarse en sentido amplio y que es imprescindible respetar éste así como la necesidad de que el menor sea tenido en cuenta por sus progenitores y por las instituciones y organismos que, en su caso, deban intervenir cuando se produzcan circunstancias en las que haya que adoptar decisiones que les afecten.

Parece que se genera una “presunción de participación” y que ésta sólo no existirá cuando haya una resolución judicial motivada que así lo justifique en aras a proteger el interés superior del menor.

Lo primero que se deberá tener en cuenta es que estamos centrándonos en procesos de familia en los que una de las cuestiones que más afectan a los menores (más allá de las cuestiones económicas) es la relativa a la guarda y custodia y en compañía de quién van a quedar los niños tras el cese de la convivencia de los progenitores¹³. Por esta razón es importante que el menor pueda manifestar sus opiniones y revelar las afinidades con uno y otro progenitor.

¹³ Es una de las cuestiones a las que necesariamente deberá referirse el convenio regulador (art. 90 CC) que presenten los progenitores de mutuo acuerdo. O bien que presente al menos uno de ellos con el

Que el Juez deba emitir una resolución judicial motivada sobre la procedencia o no de la audiencia del menor, no significa que siempre sí o sí deba ser oído porque en ocasiones podrá ocurrir que lo mejor para el menor sea no intervenir en el proceso judicial. Aunque sí es cierto que parece que tras la LO 8/2021 se le da al menor y mayor protagonismo y necesidad de intervención.

Tras la ruptura de la relación y el cese de la convivencia pueden ocurrir dos situaciones reguladas en la LEC y que el legislador no ha modificado en la LO de Protección a la infancia y adolescencia, no tenemos claro si por omisión u olvido.

La primera de ellas es que los progenitores realicen un convenio regulador con medidas adoptadas de mutuo acuerdo, en cuyo caso entrará en juego el art. 777.5 LEC según el cual: "si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos 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". En estos casos es importante resaltar que en ningún caso se deduce que deba de haber una obligatoriedad en la intervención del menor. En principio, si hay mutuo acuerdo "se entiende"¹⁴ que los progenitores que son los que mejor conocen la situación y a sus hijos, han establecido medidas que van en su beneficio. Y sólo para el caso en que cualquiera de las partes a que se refiere el mencionado precepto (Juez, Ministerio Fiscal, Equipo técnico, el propio menor..) considere que las medidas acordadas no salvaguardan el interés superior del menor, entonces cualquiera de ellas podrá solicitar, si el menor tuviere suficiente juicio, la audiencia del mismo para manifestar su opinión, inquietudes, etc.

Pero ahora este precepto puede haber quedado ciertamente desvirtuado ya que la LO 8/2021 se refiere a que los menores deben sí o sí participar en los procesos que les afecten incluso aunque se trate de un "mutuo acuerdo". Tras la mencionada LO, señala el art. 154 CC en su penúltimo párrafo que: "si los hijos o hijas tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo". Esto significa que procedimiento del art. 777. 5 LEC no es suficiente para entender que ya no procede la audiencia del menor. Atendiendo a la nueva redacción del art. 154 CC el Juez deberá señalar que procede la audiencia del menor, con independencia del tipo de procedimiento de que se trate, si tiene suficiente juicio. Sólo no procederá la audiencia del menor que tenga suficiente juicio cuando atendiendo a las circunstancias particulares del menor y del caso concreto el Juez entienda que puede ser perjudicial para él. La pregunta que me hago yo en este caso es: ¿puede ser y valdría que el Juez entendiera perjudicial una

consentimiento del otro.

14 ARANGÜENA FANEGO, C.: *Crisis Matrimoniales*, cit., p. 144.

audiencia en un caso de mutuo acuerdo? si en estos procedimientos ya está todo claro y los progenitores han decidido lo mejor para sus hijos ¿podemos considerar perjudicial la audiencia? Me refiero, ¿es necesario que habiéndose puesto de acuerdo los progenitores se haga pasar al menor por el proceso de la audiencia? Entiendo que en estos casos podría aceptarse la no audiencia si el Juez considera que así se protege mejor el interés del menor, no tanto por el mutuo acuerdo, sino por evitar que el menor “pase” por un posible proceso quizás traumático e innecesario como pueda ser la audiencia.

En cualquier caso, otra pregunta que me surge, si los padres están de acuerdo y el Juez motiva la no audiencia, aunque la LO señale que debe practicarse en los procesos de mutuo acuerdo, ¿qué pasaría si nadie la recurre? ¿se estaría vulnerando el derecho del menor? Porque la Ley 8/2021 señala que sí tiene que participar.

Creo que con esta nueva Ley se quedan cuestiones pendientes de resolver. Veremos con el paso de los años en qué sentido se pronuncian nuestros Jueces y Tribunales.

La segunda de las situaciones es algo más compleja o cuanto menos confusa ya que existe legislación aparentemente contradictoria¹⁵. La cuestión será determinar cuál es el criterio para la audiencia del menor: si el de la edad, o el de la madurez o suficiente juicio. En estos supuestos habrá que tener en cuenta:

a) La redacción del art. 92.6 CC con anterioridad a 2005 señalaba que: “las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”. Sin embargo, tras la Ley 15/2005 de 8 de julio de modificación del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, se eliminó el inciso “siempre a los mayores de 12 años”. Según la literalidad del CC se deberá oír a los menores que “tengan suficiente juicio”, sin ninguna referencia a la edad. La LO 8/2021 sigue haciendo referencia al suficiente juicio y no a la edad. El recientemente modificado art. 154 CC sigue sin hacer ninguna mención expresa a la edad.

b) La redacción del art. 770.4^a LEC señala 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 oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”. Además, este precepto sufrió una ligera modificación a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para

15 ABEL LLUCH, X.: “La audiencia del menor en los procesos de familia” en AA.VV.: *Problemática actual de los procesos de familia. Especial referencia a la prueba* (coord. C. DE MIRANDA VÁZQUEZ), Bosch, Barcelona, 2018, p. 309.

la implantación de la nueva Oficina judicial, pero esa modificación en ningún caso eliminó la obligatoriedad de la audiencia del menor en los procesos contenciosos. Lo cierto es que la propia Ley del año 2005 que eliminó ese inciso del Código civil, bien lo podría haber hecho con la Ley de Enjuiciamiento civil, pero no lo hizo. También la podría haber eliminado la reciente LO 8/2021 que ha modificado el Código civil pero no se ha pronunciado sobre la Ley de Enjuiciamiento civil.

Así las cosas, se puede decir que si bien antes de la publicación de la Ley Orgánica de Protección a la infancia y adolescencia del Código civil no se derivaba la obligatoriedad de oír a los menores, ahora se exige una resolución judicial motivada sobre la mencionada audiencia, con independencia de que estemos ante un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo, por lo menos, a los menores que tengan suficiente juicio (art. 92.1 y 154 CC).

Como acabamos de ver esta obligatoriedad ya estaba en la LEC, por lo que ahora Código civil y Ley de Enjuiciamiento civil están más cerca. Sin embargo aún nos queda la duda de si debe prevalecer el criterio de la suficiente madurez o el de la edad de los 12 años.

Se puede afirmar que ahora el criterio sobre la audiencia del menor y la duda sobre si ésta es preceptiva o facultativa ha quedado despejado ya que las reglas que se derivan de los que acabamos de estudiar son:

- Deberá existir una resolución judicial motivada sobre la audiencia del menor.
- Ésta se presupone beneficiosa para el mismo y sólo podrá restringirse vía resolución judicial motivada y atendiendo a circunstancias concretas.
- Da igual ante qué tipo de procedimiento estemos, si contencioso o de mutuo acuerdo, procede la audiencia del menor si tiene éste suficiente juicio.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina¹⁶ entiende que, no obstante lo dispuesto en el Código civil, si hubo una modificación posterior con la Ley de 2009 y no se cambió la LEC fue porque el legislador realmente no lo quería cambiar. Podríamos haber pensado que en 2005 sólo se modificó el Código civil por omisión, pero si en 2009 tampoco se modificó ni la LEC ni el CC, la conclusión a la que se llega es a que sí debe ser preceptiva su intervención en los casos señalados en la mencionada regla 4ª del Art. 770 LEC, esto es: cuando tenga suficiente juicio y en todo caso si es mayor de 12 años. En este sentido afirma Sánchez Martín¹⁷. que “la diferente regulación existente entre la LEC y el CC debe resolverse en favor de

16 CLAVIJO SUNTURA, J.: “La participación del menor en la audiencia de exploración”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, nº 25, p. 574.

17 ZAERA NAVARRETE, J.I.: *La audiencia*, cit., p. 798.

la norma posterior, en este caso de la LEC, que establece la imperatividad de la audiencia del menor cuando éste sea mayor de doce años”.

En cualquier caso, también existe una modificación posterior en este sentido que consagra el carácter imperativo de la audiencia del menor ya que la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reformó el art. 9 LPJM que se refiere a que la audiencia del menor deberá realizarse cuando tenga suficiente madurez y “se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”.

Hay quienes consideran¹⁸ que los intereses del menor que se protegen en el mencionado art. 9 LPJM también implican el derecho del menor a la no audiencia en los casos en los que no sea preceptiva, en aquellos supuestos en los que no reúna la madurez suficiente o en general en aquellos casos en los que no convenga a su mejor interés. Así, el beneficio del menor deberá prevalecer sobre cualquier otro de manera que si éste puede verse dañado por la audiencia del menor “el Juez deberá denegarla cumpliendo con las formalidades de motivación y comunicación”¹⁹.

La reciente LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia no arroja mucha luz en este sentido. Podría haber modificado la LEC y no lo ha hecho. La mencionada LO no hace referencia ninguna a criterio de edad, sino sólo a los derechos de los menores en sentido amplio y a su necesaria participación en todas las decisiones que les afecten.

Podemos afirmar, entonces, que en la audiencia del menor hay que diferenciar dos circunstancias:

- si el menor tiene doce años o más no hay duda: el Juez emitirá una resolución judicial motivada y se practicará su audiencia salvo que por las circunstancias concretas y particulares del menor no reúna la capacidad suficiente o pueda resultar gravemente perjudicial para él²⁰.

- si el menor tiene menos de doce años, el Juez para adoptar la decisión sobre su participación o no, deberá atender a la valoración de su madurez y a la capacidad de hacerse un juicio sobre las circunstancias que está viviendo para saber si procede o no su audiencia.

18 CARRIÓN, S.: “En torno a los derechos y deberes del menor”, en AA.VV.: *Protección Civil y Penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. A. COBACHO GÓMEZ, F. LEGAZ CERVANTES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 241.

19 ABEL LLUCH, X.: *La audiencia*, cit., p. 323.

20 PÉREZ GALVÁN, M.: “La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia”, *Revista La Toja*, nov. 2013 – febrero 2014 (digital), n° 189, p. 30.

Para los casos en los que siendo preceptiva no se haya realizado es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que procede la nulidad de las actuaciones ordenado al Tribunal a qué a retrotraerse en las actuaciones²¹.

2. Evaluación de la capacidad del menor.

Afirma Clavijo²² que “si bien el hecho de tener doce años no garantiza que el menor tenga suficiente juicio, no se puede establecer otro criterio concluyente para determinar o limitar su participación en el proceso, a menos que tenga una enfermedad mental o impedimento físico que impida su desenvolvimiento normal ante una situación de separación o divorcio”.

Además de la edad hay otros factores que, según afirma Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga²³, también deberán tenerse en cuenta, como son: “la inteligencia, la educación, formación, ambiente social”... Razón por la cual, probablemente la referencia a una edad concreta y determinada a partir de la cual un menor deba ser escuchado no es lo más acertado. Sí es cierto que hay criterios de referencia, pero no determinantes, así Serrano Molina²⁴ señala, respecto a la edad que los criterios de referencia que suelen utilizarse son, por lo general, los siguientes: “desde los siete hasta lo diez u once años comienzan a desarrollar de una forma más clara sus aspectos cognitivos, y es a partir de los doce o trece cuando su testimonio se asemeja más al de un adulto”. Parece, por tanto, más acertado que se hable de “suficiencia de juicio”. Pero, ¿cuándo un menor tiene suficiente juicio?, Montero Aroca²⁵ afirma que el menor tendrá suficiente juicio “siempre que sea capaz de formarse una opinión y expresarla”.

El Defensor del Pueblo en su informe del año de 2014 sobre la escucha y el interés superior del menor²⁶ afirma que la valoración de la capacidad o madurez del menor no es “una apreciación propiamente jurídica, por lo que el juzgador requerirá en muchos casos a estos efectos de apoyo técnico”. Lo podrá valorar el Juez directamente o recabar el apoyo del equipo técnico aunque lo cierto es que el hecho de que no exista una matización o criterios de valoración del suficiente juicio de los menores quizás pueda generar, a priori, cierta inseguridad jurídica.

21 Así lo ha puesto de manifiesto, entre otras, en la STC 152/2005, de 6 de junio (TOL673.515).

22 CLAVIJO SUNTURA, J.: *La participación*, cit., p. 574.

23 ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L y otros: *La conflictividad*, cit., p. 53

24 SERRANO MOLINA, A.: “¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia del menor?”, en *La prueba a consulta, Diario La Ley*, 2010, n° 7494, p. 2.

25 MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 209.

26 DEFENSOR DEL PUEBLO: *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medias de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, p. 18.

En cualquier caso, tras la nueva redacción del art. 154 CC, el Juez siempre emitirá una resolución judicial motivada sobre la procedencia o no de la audiencia del menor. En los supuestos en los que no reuniera la capacidad o, como ya hemos comentado, resultara perjudicial para el menor, el Juez lo manifestará en la mencionada resolución señalando que con la no audiencia del menor es cómo se garantiza el interés superior del mismo y la no vulneración de sus derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y su derecho a ser oído que venimos estudiando.

3. Práctica de la audiencia.

En los casos en los que ya se ha determinado que procede la audiencia del menor el siguiente paso es saber cuáles son las reglas, normas o pautas que hay que seguir para la realización, como señala la LEC, de la exploración del menor.

El menor tiene derecho a ser oído en los procesos que les afecten y ese trámite es denominado por la LEC: exploración del menor. El mencionado texto legal señala en la regla 4ª del art. 770 que: “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”. En este mismo sentido el 2º párrafo del art. 9.1 LPJM afirma que: “en los procedimientos judiciales o administrativos, las compareencias o audiencias del menor 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, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento”.

Ni la LEC ni la LPJM, ni el CC nos dicen cuáles son los pasos ni de qué manera se debe realizar la exploración del menor. Parecen muy razonables los principios a los que se refieren y que la mencionada exploración deba realizarse en un clima tranquilo para el menor y valorando también las circunstancias de cada uno, pero lo cierto es que no hay en la legislación indicaciones concretas sobre cómo realizarla.

La LO 8/2021 tampoco concreta el procedimiento en si pero hace especial hincapié en las condiciones necesarias en la audiencia de los menores. Señala, por ejemplo, en el art. 3.m) que se deberán “establecer protocolos, mecanismos y cualquier otra medida necesaria para la creación de entornos seguros, de buen trato e inclusivos para toda infancia en todos los ámbitos desarrollados en esta

ley en los que la persona menor de edad desarrolla su vida. Se entenderá como entorno seguro aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital". Añade también esta Ley en el art. 11.2 que "se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto". Se fomenta en el art. 28 de la mencionada Ley el "impulso a los servicios de apoyo a las familias y a los servicios especializados para la adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia así como el impulso a los "gabinetes psicosociales de los juzgados así como los servicios de mediación y conciliación" (art. 28.b LO 8/2021).

Es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales²⁷ que la exploración del menor deberá realizarse a puerta cerrada y con carácter totalmente reservado. En este sentido el art. 754 LEC se refiere a la posibilidad de que "los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley". Si bien el interés del menor sí es uno de los casos a los que se refiere el apartado 2 del art. 138 LEC. Así, en cualquiera de los casos, la exploración del menor puede y debe realizarse a puerta cerrada, bien porque por su interés, así lo recoge el art. 138 LEC; o bien porque sólo por el propio principio *favor filii* entraría en juego el art. 754 LEC.

También se hace referencia a que se haga sin toga y no en la sala de vistas sino en el despacho del Juez y que en la exploración se encuentren sólo las personas necesarias: Juez, Ministerio Fiscal, quizás algún miembro del equipo técnico, y el propio menor, pero en ningún caso deben estar presentes ninguno de los progenitores, ni los abogados ni los procuradores, ya que éste puede coartar la libertad del menor a la hora de expresarse y manifestar sus opiniones²⁸.

En el momento de la exploración el Juez deberá informar al menor de en qué va a consistir la misma así como las consecuencias que van a tener sus manifestaciones, pero sin descargar en él la responsabilidad del resultado del procedimiento y sin que sienta que él es el responsable de la decisión que posteriormente va a tomar el Juez. De hecho, como ya se ha comentado anteriormente, la exploración del menor tiene como finalidad que el Juez pueda conocer lo que el menor siente, quiere, necesita, piensa, para poder adoptar la decisión que resulte más acorde con sus intereses. Será un elemento más de valoración para el Juez y para que pueda adoptar la medida que mejor se adapte a las necesidades de los menores.

²⁷ POSADA FERNÁNDEZ, M^a.T.: *El Derecho*, cit., p. 209.

²⁸ *Ibidem*

En cualquier caso, es necesario recordar que la audiencia del menor es preceptiva para el Juez en los casos que hemos visto, pero esto en ningún caso significa que tenga carácter vinculante. Así, el Juez deberá tener en cuenta lo manifestado por el menor, y finalmente decidir lo que le resulte más beneficioso.

De los principios establecidos en la LEC, LPJM, en la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y adolescencia así como en la doctrina de las Audiencias Provinciales²⁹ podemos señalar que, con carácter general, las reglas que deberán regir en la exploración del menor son las siguientes:

1.- Las condiciones para el desarrollo de la audiencia han de ser las idóneas para el respeto y la salvaguarda de los intereses de los menores de manera que éstos se sientan libres, tranquilos y cómodos de poder manifestar todo aquello que consideren.

2.- La audiencia también deberá hacerse teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor atendiendo a su edad y madurez.

3.- Deberán estar las personas estrictamente necesarias evitando la posible interferencia de terceros. En ningún caso estarán los progenitores ni sus abogados.

4.- La intervención de especialistas, como el equipo técnico u otros peritos como pueden ser los psicólogos, será excepcional quedando limitada a los supuestos en los que el Juez lo considere oportuno.

5.- La doctrina mayoritaria³⁰ también considera que lejos de ser un interrogatorio del Juez, la exploración del menor debería de ser una conversación incluso "informal" en la que el niño pueda sentirse lo más cómodo posible para poder hablar de la forma más tranquila que se pueda.

4. Valor y comunicación de los resultados.

Como consecuencia de la práctica de la audiencia varias son las cuestiones que surgen en cuanto a cómo documentarla, si es que hay que hacerlo, así como a qué valor hay que darle a las manifestaciones vertidas por el menor que se somete a esta exploración. Otra de las preguntas que nos planteamos es si el menor tiene que ser conocedor o no, o si hay que comunicarle cuáles han sido los resultados de su intervención.

29 BLASCO GASCO, F. DE P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2015, p. 314.

30 PÉREZ GALVÁN, M.: *La exploración*, cit., p. 31.

La primera de las cuestiones es la relativa a si hay que documentarla y cómo hay que hacerlo. En estos casos habrá que determinar si la audiencia del menor debe grabarse o si, en caso de no hacerlo, deber extenderse un acta sobre su práctica. También deberemos determinar si hay que dar copia/traslado de la exploración a las partes. Esta es una cuestión que generó cierta duda ya que podría producirse la colisión entre el derecho a la intimidad del menor que debe garantizarse en su exploración y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE de las partes, quienes deben conocer al menos lo necesario para el procedimiento de lo manifestado por el menor en la exploración para poder realizar las alegaciones que estimen pertinentes.

Le Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria estableció en su art. 18.2.4º que: “del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual”. Este precepto generó ciertas dudas en cuanto a la posible constitucionalidad del mismo por entenderse que podía vulnerar el derecho a la intimidad del menor. El TC, en la STC 9 mayo 2019³¹ resolvió el mencionado recurso de inconstitucionalidad afirmando que: “el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones”. La intimidad del menor quedará igualmente garantizada, aún a pesar del traslado a las partes, porque en el acto de la audiencia sólo estarán presentes las personas necesariamente imprescindibles (Juez, Ministerio Fiscal, equipo técnico) y, además, en el acta, no deberá constar absolutamente todo lo manifestado por el menor, sino sólo lo imprescindible para el objeto del procedimiento de que se trate. En caso de no dar traslado del acta o de no documentar el resultado de la exploración se podría estar vulnerando el art. 232.I LOPJ provocando, como consecuencia, la nulidad de actuaciones.

Con respecto a la forma en que debe practicarse la audiencia del menor nada dice la Ley al respecto. Afirma Posada Fernández³² que tampoco se hace mención a la utilización “prevista con carácter general en el art. 147 LEC, de medios de grabación y sonido. En este sentido, la circular, de la Fiscalía General del Estado, ha considerado que debería hacerse mediante acta levantada por el secretario judicial”. Por tanto, aunque la grabación es una posibilidad, nada se dice su obligatoriedad en la Ley, con lo que será decisión de cada Juzgado si lo realiza o no. Incluso también dependerá de los medios materiales con los que cuente cada Juzgado.

31 STC 64/2019, de 9 de mayo (TOL7.223.149).

32 POSADA FERNÁNDEZ, M^a.T.: *El Derecho*, cit., p. 215.

Abel Lluch³³ afirma que “cuando el sistema de grabación resulte adecuado y se haya manejado correctamente será posible advertir la comunicación verbal y también la no verbal del menor; esto es, sus silencios, dudas, vacilaciones, y ello es una de las ventajas que ofrece el sistema de grabación de imagen y sonido”.

Entre las ventajas que se pueden decir del sistema de grabación es que para el caso de que exista un recurso posterior, la grabación registrada en el programa informático con el número del procedimiento, podrá ser revisada y por tanto tener un mayor acercamiento a la verdad sobre las manifestaciones del menor; que si no se hubiera documentado por ningún otro medio o para el caso del que el acta levanta por el secretario judicial sólo recoja el propio hecho de la práctica de la exploración del menor; sin que en ella se recojan las valoraciones realizadas por el mismo.

Para el caso en que no se realice la grabación se levantará acta de la misma. En ella se hará constar su realización, así como fecha, lugar y partes intervinientes, pero tampoco existe una norma en el CC ni en la LEC que se refiera a si en ese acta se debe hacer constar lo manifestado por el menor. Hay situaciones en las que sí consta y otras en las que no y el Juez lo que hace es referirse a ellas en la sentencia. Para el caso en que el Juez se refiera a ellas en la sentencia, por lo menos habrá alguna documentación de las mismas, pero en los supuestos en los que el Juez no diga nada lo mejor será documentar de alguna manera lo manifestado por el menor. Ello provocará una mayor seguridad jurídica y que, para el caso de un ulterior recurso, se disponga de la información precisa y no resulte necesario volver a llamar al menor. En cualquier caso, el ya mencionado art. 18.2.4º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria sí recoge la obligatoriedad del acta quedando su contenido limitado a las manifestaciones vertidas por el menor que sean necesarias e importantes para el objeto del proceso.

Algunos autores consideran que³⁴ no se debe de dar traslado de la grabación ni copia del acta a los letrados de las partes en aras a garantizar la libertad del menor; el propio art. 9 LPJM así lo señala al referirse que la audiencia deberá practicarse “cuidando de preservar su intimidad”. Pero también los hay que consideran que el no traslado y correcta documentación podría generar una situación de indefensión a las partes sobre todo si éste ha sido un criterio determinante para la resolución del Juez. Desconocer, por tanto, ese contenido supondría que no se podrían rebatir ninguna de las manifestaciones de los menores al no ser conocedores de las mismas. El TC ya resolvió esta cuestión en la mencionada STC 9 mayo 2019.

33 ABEL LLUCH, X.: *La audiencia*, cit., p. 336.

34 *Ibidem*

Lo que sí es necesario, en cualquier caso, es dejar constancia de que la audiencia se ha celebrado, no del contenido de la misma ni de que el resultado de ella deba ser necesariamente tenido en cuenta por el Juez en su sentencia. Tras la LJV ya hemos visto que será necesario documentar el contenido mínimo necesario para el objeto del proceso.

La segunda de las cuestiones que tenemos que abordar es la relativa a la comunicación al menor de los resultados de su exploración. ¿Qué pasa después de que el menor haya podido “hablar” con el Juez?. Como ya se ha dicho anteriormente lo importante es que el menor en ningún caso sienta que él tiene toda la responsabilidad del proceso y que lo que él manifieste va a ayudar al Juez a formarse un juicio sobre la situación y lo que está pasando, pero no será determinante ni vinculante para el Juez a la hora de señalar la solución que considere más adecuada.

Tampoco dice nada la Ley sobre si hay que comunicarle al menor “el resultado” de su exploración y cómo hay que hacerlo. Afirma el Defensor del Pueblo³⁵ que en la praxis “los expertos consultados no aludieron a que esta información se facilite al niño de manera directa, sino que más bien la cuestión se centra en cuidar qué elementos de lo dicho anteriormente por los menores se transfieren a la resolución y en qué términos. Sobre este asunto no existen criterios uniformes, por lo que la preparación y sensibilidad a este respecto del Juzgador resultan determinantes”.

No se puede decir que el menor vaya a recibir una llamada del Juzgado, ni un documento en el que conste el resultado de su exploración, sino que el Juez recogerá lo señalado por el menor en la propia resolución judicial.

V. CONCLUSIONES.

Primera. La primera conclusión a la que llegamos es a que tras la confusión generada por la modificación del art. 92.6 CC por la Ley de 2005 y que duró más o menos hasta que la Ley de 2009 no modificó la LEC en el mismo sentido, los doce años son la edad de referencia. La LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia tampoco ha dicho lo contrario. Por lo tanto, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, sean contenciosos o de mutuo acuerdo, a los doce años habrá que oír al menor y si tuviere suficiente juicio también, siempre (salvo circunstancias excepcionales). La cuestión que me surge es si con independencia de que el menor tenga más o menos de 12 años siempre se debe valorar su capacidad para saber si procede o no su audiencia ¿qué sentido tiene la referencia a la edad? Quizás sería más ajustado a la realidad decir que la audiencia del menor

será preceptiva en aquellos casos en los que el menor reúna la suficiente madurez, porque como hemos visto, podría ser que el menor tuviera 12 años o más y no tuviera esta madurez, en cuyo caso el requisito de la edad no operaría y sí el del suficiente juicio.

Segunda. En referencia a la valoración sobre la suficiente madurez del menor no queda tampoco claro quién debe realizarla. Puede que el Juez lo tenga muy claro desde el principio o puede que requiera de la ayuda del equipo técnico. Si consideramos que la valoración de la capacidad del menor no es una cuestión jurídica creo que habría que darle una mayor relevancia a la intervención del equipo técnico y otros peritos como psicólogos y considerarla como preceptiva a efectos de poder tener una valoración más adecuada sobre la madurez del menor.

Tercera. En cuanto a la práctica de la audiencia del menor lo cierto es que la inexistencia de normas procedimentales que la regulen provoca mucha inseguridad jurídica e incluso desigualdad dependiendo del Juzgado. No sólo no se ha normativizado este procedimiento sino que tampoco se ha protocolizado con lo que quedan muchas dudas pendientes de resolver a cerca de la práctica del mismo. Sería necesario establecer, por lo menos, un protocolo sobre la práctica de la exploración del menor.

Cuarta. Uno de los principales problemas con los que nos encontramos es la propia diferencia entre los Juzgados. Existen Juzgados especializados en familia pero otros que llevan asuntos de familia pero no están especializados. Lo mismo ocurre con todo el equipo. Para los supuestos en los que entra en juego el interés del menor, como son los procesos de familia, cuanto mayor especialización y mejor esté preparado el equipo que va a atender al menor, mejor.

Quinta. Para garantizar el derecho del menor a ser oído en unas condiciones de intimidad y a puerta cerrada sin que se produzca una indefensión a las partes, será necesario establecer las normas que señalen cómo se tiene que documentar la audiencia del menor.

Sexta. El Juez siempre deberá motivar su sentencia pero sería necesario reforzar esta motivación para los casos en los que el Juez, por considerarlo más beneficioso para el menor, "se aparte" de las manifestaciones realizadas por el mismo en la audiencia.

Séptima. Celebro la nueva regulación de los art. 92 y 154 del CC dadas por la LO 8/2021 (con los matices vistos). Es una buenísima declaración de principios y de intenciones. Faltará ver si con el paso del tiempo, éstos efectivamente, se materializan en acciones concretas en beneficio de los menores, por lo menos en el ámbito de los procesos de familia y de las crisis familiares.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X., *Problemática actual de los procesos de familia. Especial referencia a la prueba*, Bosch, Barcelona, 2018.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M^a T., SÁNCHEZ MARTÍN, P.: *Las Crisis Matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2016.

ASENCIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006.

BLASCO GASCÓ, F. DE P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2^a ed., 2015.

CLAVIJO SUNTURA, J.: "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm. 25.

COBACHO GÓMEZ, A., LEGAZ CERVANTES, F. (dir.): *Protección Civil y Penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medias de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO C. (coord.): *Crisis Matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil*, Dykinson, Valencia, 2001

NÁJERA, M^a T. y otros: *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

PÉREZ GALVÁN, M.: "La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia", *Revista La Toja*, nov. 2013 – febrero 2014 (digital), núm.189.

POSADA FERNÁNDEZ, M^a T.: "La audiencia del menor en los procedimientos que les afecten", en SOLÉ RESINA, J.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y adolescencia*, Dykinson, Madrid, 2018.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

SERRANO MOLINA, A.: "¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia del menor?", en *La prueba a consulta*, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7494.

ZAERA NAVARRETE, J.I.: "La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de Octubre (Rec. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.

