

**Fecha recepción:** 06/04/2015

**Fecha aceptación:** 08/05/2015

**Resumen:** En los procesos judiciales donde se adopten medidas de protección que afectan a menores de edad, residan en nuestro país o en el extranjero, se impone al juez o tribunal que conoce del asunto, tanto en la normativa nacional como internacional, velar porque se cumpla y garantice el derecho de los menores a ser oídos, para que esas medidas de protección sean en su interés. Se establece, en la vigente normativa procesal, que esa audición no es obligatoria, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el Juez, las partes, el Ministerio Fiscal, o el propio menor, los que pueden invocar y acreditar esa necesidad, y provocar la audición del menor. En el asunto de la sentencia del Tribunal Supremo se confirma esta necesidad de audiencia de la menor, porque tiene la edad y la madurez adecuada, que ha sido cumplida por el Juzgado de Primera Instancia, estableciendo un dere-

**Abstract:** In court proceedings where measures of protection that affect children, reside in our country or abroad, is imposed on the judge or court that known topic, both in national and international legislation, to ensure that compliance and guarantee the right of minors to be heard, so that protection measures are in their interest. It establishes, in the existing procedural regulations, that this hearing is not mandatory, but will only take place when it is needed. Being the judge, parties, the public prosecutor, or the own child, which can invoke and prove that need, and cause the hearing of the child. In the matter of the judgment of the Supreme Court confirmed this need of the younger audience, because it has the age and proper maturity, has been fulfilled by the Court of first instance, by establishing a right of access in favors of the father in a flexible manner (by daughter reside abroad)

cho de visita a favor del padre de manera flexible (por residir la hija en el extranjero) y que la Audiencia concreta, sin necesidad de tener, de nuevo, que ser oída la menor. Por tanto, se ha respetado esa manifestación del principio fundamental del interés del menor.

**Palabras claves:** medidas de protección a los menores; el principio fundamental del interés del menor; la audiencia del menor en los procesos que les afectan.

and to the specific audience, without having again, that the child to be heard. Therefore been respected that manifestation of the fundamental principle of the child's interests.

**Keys word:** measures of protection to the children; the fundamental principle of the child's interests; the hearing of a child in the processes that affect them.

I. LAS CUESTIONES FUNDAMENTALES QUE PLANTEA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS). II. EL INTERÉS DEL MENOR EN TODA MEDIDA DE PROTECCIÓN. III. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN EL PROCESO JUDICIAL QUE ESTABLECE EL DERECHO A VISITA.

La Sala primera del Tribunal Supremo conoce del recurso de casación y de extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en apelación por la sección primera de Audiencia Provincial de Pontevedra como consecuencia de un juicio divorcio seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra.

El Juzgado dictó una sentencia en que acordaba el divorcio de los esposos con los siguientes efectos del mismo: que la guarda y custodia de las hijas del matrimonio, tras ser oídas éstas, fuera atribuida al progenitor con la que las menores hayan mostrado su deseo de convivir habitualmente y se otorgaba al otro progenitor el derecho de visita y comunicación con las hijas menores.

Para el caso de que las menores fijarán la residencia Suiza, o cualquier otro sitio que no fuese España, fuera una ciudad distinta de Galicia, con su madre, se acordaba un régimen especial de visitas.

Posteriormente al fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia, se dicta un auto aclaratorio en el que se declara la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los esposos litigantes en 1994 y que fue escrito en el Registro Civil de Zúrich (Suiza) y expide certificación para que la resolución de divorcio quedara unida a las actuaciones y se llevase su original al libro de resoluciones definitivas.

Un segundo auto posterior aclaratorio establece una serie de medidas que han de regir las relaciones entre los cónyuges, sin perjuicio de su modificación en el caso

de variación de las circunstancias concurrentes. Así, se acuerda la atribución de la guarda y custodia de las hijas menores a su madre, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad conjunta por ambos progenitores, y sin perjuicio del derecho de comunicación y relación con el otro progenitor, teniendo cuenta que las hijas van a recibir en Suiza con la madre.

Se interpone recurso de apelación por parte del padre ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, que en el año 2013 dicta sentencia estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto. Establece la misma como régimen de visitas y comunicaciones entre el padre y la hija menor (ya solo un de las hijas era menor) el disfrute de la mitad de los periodos vacaciones escolares de verano y Navidad. Debiendo de ponerse de acuerdo los padres sobre lugar en que se puede llevar a cabo el cumplimiento del régimen de visitas, y a falta acuerdo es el padre el que decide el lugar y, por tanto, si la menor debe viajar a España. Posteriormente se dicta auto de aclaración en el que se rectifica el error material contenido en el antecedente de hecho primero de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra.

Contra la citada sentencia la madre interpone recurso extraordinario por infracción procesal alegando, que conforme a lo dispuesto en el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y el artículo 24 de la Constitución española (CE), que siendo procedimiento contencioso se oiga en todo caso a los mayores de 12 años, argumentando la madre que en la fase de apelación no fue oída la menor, que en ese momento tenía 13 años, pese a modificarse un pronunciamiento que le afectaba directamente (se concretaba el derecho de visita). Por lo que debía haberse acordado de oficio dicha audiencia pues se trataba de materia de interés público (el principio fundamental del interés del menor).

También, en representación de la madre se interpuso recurso de casación alegando los siguientes motivos:

El primero de ellos, que se han infringido los artículos 92, 94 y 103 del Código Civil español (CC), los cuales establecen que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación con los menores. Y argumenta que ese interés del menor ha sido vulnerado, pues el derecho de visita y de comunicación se ha establecido a interés y conveniencia del padre, sin haber oído a la menor cuando tendría que haberse hecho, teniendo en cuenta que con 13 años tenía la madurez suficiente. Máxime cuando el juez de Primera Instancia si oyó a la menor. Debe ser la hija, por su edad, la que decida el lugar en que aquel régimen de visitas se llevará a cabo, ante la falta de adaptación de la menor a la vida española.

El segundo motivo que se cita para interponer el recurso de casación es que se ha infringido, en primer lugar, el artículo 92 CC, así como el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, sobre Protección Jurídica del Menor, los cuales establecen la obligación de oír a los menores antes de adoptar una decisión relativa a las medidas que les afecte, y esta doctrina ha sido vulnerada porque la resolución recurrida al adoptar la medida no ha tenido en cuenta la audiencia de la menor.

El Tribunal Supremo desestima este recurso de casación en base a los siguientes fundamentos de derecho.

Primero, que la sentencia de apelación corrige la del Juzgado que no estableció ningún régimen concreto de visitas del padre con la menor de las hijas que residía en Suiza. Pues, si bien la sentencia del Juzgado de Primera Instancia reconocía el derecho de que las relaciones paterno filiales se desarrollen en los términos más amplios y flexibles que los padres e hijos puedan convenir, sin ninguna limitación, la sentencia de apelación hace constar que el paso del tiempo ha evidenciado la ausencia del acuerdo que deriva de la falta de contacto y comunicación entre el padre y las hijas, siendo beneficioso para los hijos menores mantener el contacto y la comunicación con ambos progenitores, también con el progenitor que no tiene el derecho de guarda y custodia.

En segundo lugar el Tribunal Supremo desestima el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que se refiere principalmente a la falta de audiencia del menor en relación con el artículo 24 CE, que también se invoca en el motivo segundo del recurso de casación. Si bien, argumenta el Tribunal Supremo, que de acuerdo con ese artículo, y los alegatos en el motivo de recurso de casación, el menor que tuviera suficiente juicio, en todo caso los mayores de 12 años, deben ser oídos, (como también establece el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990), lo que la parte recurrente, la madre, alega como causa de su recurso no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, respecto al derecho de visita y comunicación del padre con su hija, la concreción de ese derecho, que parece no facilitar. Sostiene el Supremo en esta sentencia, que la exploración de la menor se practicó en el Juzgado de Primera Instancia, donde fue oída, y el hecho de que no se hiciera por la Audiencia Provincial en nada afecta su esfera personal y familiar, por cuanto la medida adoptada no supone el cambio de la persona encargada de la guarda y custodia, sino la concreción de un régimen de visita, que no se niega en Primera Instancia tras haber oído a la menor, y que obedece al interés de la niña de comunicarse con su padre durante unos períodos determinados de vacaciones escolares, ante la imposibilidad de fijar un régimen ordinario de visitas dada la residencia de la misma en un país extranjero.

Por último dispone el Tribunal Supremo que sobre el régimen de derecho a visitas esta sala ha venido repitiendo que la revisión casación de los casos de guarda y custodia sólo pueden realizarse si el juez del caso ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre y, por tanto, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda, custodia y visita no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Estimando que la Audiencia ha valorado la prueba que consta en los autos y ha considerado lo más adecuado para la hija menor respecto a los derechos de guarda, custodia y visita, por lo que debe mantenerse lo dispuesto en la sentencia de apelación.

Esta sentencia gira en torno al interés del menor, que entiende que no ha sido vulnerado, y de la necesidad de oír al menor antes de adoptar las medidas que le afecten, que entiende el TS que ha sido atendida. Por tanto, nos centraremos en que

se entiende por interés del menor, y sobre el derecho de audiencia al menor, principio y derecho ambos, reflejados en normas jurídicas nacionales e internacionales.

Pues, como se regula en la normativa internacional, en el artículo 9.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, que no obstante, se respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño; o, como se dispone en el nº 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992, en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño.

Puede ser que ambos progenitores no reúnan los presupuesto para compartir la guardia y custodia del menor (artículos 90 y 92 CC)<sup>1</sup>, en estos casos, como en la Sentencia que comentamos, la guarda y custodia se atribuye a la madre (que es la que

1. Como sostiene la STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340) (RC 54/2008); que la guarda y custodia compartida es una medida excepcional «que sólo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo, personal, emocional y afectivo de los menores, sin producir desequilibrios». En el mismo sentido la Sentencia de 25 de mayo 2012 (RJ 2012, 6542). La STS 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269), dispone que «ha de primar aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda [STS de 7 de julio de 2011 (RJ 2011, 5008) (RC 1221/2010); STS de 21 de febrero de 2011 (RC 1886/2008), entre otras]».

En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 2014, p. 40, «La doctrina sentada en la Sentencia de 8 de octubre de 2009, reiterada en todas las decisiones recaídas en materia de guarda y custodia desde entonces hasta hoy, sostiene: Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Art. 76.1.b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art. 373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institut Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en su relación con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y,

decide que la hija menor resida en el extranjero) y el derecho a visita al padre, estableciéndose el modelo que es el más respetuoso con el principio del interés del menor.

Los distintos autores que han hecho un estudio reciente sobre lo que significa el interés del menor<sup>2</sup>, coinciden en entender que se trata de un concepto indeterminado, que no está definido en ninguna norma jurídica, pero sí aparece mencionado en distintos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales<sup>3</sup>.

Como dice GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.<sup>4</sup>, «Los estudiosos del Derecho han tratado en profundidad este principio del interés del menor y lo han hecho desde perspectivas constitucionales, filosóficas, internacionales y, cómo no, civiles; en todos los estudios se destaca la dificultad de aprehensión de un concepto jurídico indeterminado, sometido a la evolución social y a la interpretación y aplicación casuística, necesitado de criterios de concreción que, ponderados, faciliten la aplicación administrativa y judicial del principio. Aun así, se valora positivamente la utilización por parte del legislador de una cláusula general de carácter abierto cuya integración pueda realizarse atendiendo a uno o varios criterios frente a un sistema de lista cerrada que no incluya todas las situaciones fácticas posibles».

Pero como sostiene TORRES PEREA<sup>5</sup>, el interés del menor es una cláusula general que comprende un principio general del derecho, y por tanto, con valor normativo. Además, hay que entender este concepto indeterminado desde el punto de vista objetivo, y distinguirlo del concepto «bienestar del menor»; el interés del menor sería una garantía de la protección del menor ante cualquier situación que pueda perjudicarle; el principio del interés del menor constituye una garantía que da prioridad a los derechos fundamentales del niño.

en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

2. RIVERO HERNÁNDEZ, F. El interés del menor, Madrid, 2007, pp. 70-71; DE TORRES PEREA, J. M. (Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar, Madrid, 2008, pp. 15 y ss.; VELA SÁNCHEZ, A. L. «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», *Diario La Ley*, 3 de marzo de 2015, pp. 3 a 8.

3. VELA SÁNCHEZ, A. L., ob. cit. pp. 4 y 5, como el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950), ratificado por España, y publicado en el *BOE* el 10 de octubre de 1979 (cuyo art. 8 protege la vida privada y familiar); la Convención de La Haya de 25 octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores (Luxemburgo, 20 de mayo de 1980), ratificado por el Estado español el 9 de mayo de 1984 y publicado en el *BOE* el 1 de septiembre de 1984; y el Convenio de La Haya número XXXIII relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (La Haya, 29 de mayo de 1993), ratificado el 30 de junio de 1995 y publicado en el *BOE* el 1 de agosto de 1995; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2001), incorporada al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; la *Convention on Contact concerning Children*, de 15 de mayo de 2003, del Consejo de Europa. Además, siguen estando vigentes y aplicables a los menores de edad la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nueva York, 10 de diciembre de 1948), los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966) y, con diferente alcance y eficacia, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio (en especial, punto 8.14).

4. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ob. cit., p. 14, citando para conocer la lista de autores que han tratado de este tema a RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 61 y siguientes.

5. DE TORRES PEREA, J. M. ob. cit. pp.22 a 30.

Respecto a los instrumentos que recogen ese principio o derecho fundamental mención especial tenemos que hacer, como hemos dicho, a la Convención sobre los Derechos del Niño 1989, cuyo artículo 3.1 establece (además del artículo 9. 3) que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». En el mismo sentido, el Convenio de La Haya de 19 octubre de 1996, relativo a la Competencia, Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños (que España ratificó el 1 de enero de 2011) cuya Exposición de Motivos confirma que «el interés superior del niño merece una consideración primordial», y a ese interés superior del menor se refieren varios artículos: 8, 9, 10, 22, en los que se dispone que la aplicación de la ley designada por las disposiciones del presente Convenio sólo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño<sup>6</sup>.

También hay que subrayar el Reglamento (CE), núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental cuyo considerando 12 de su Exposición de Motivos establece que las «normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor». Ese interés está igualmente recogido como preferente en los artículos 12, 15 y 23 del Reglamento<sup>7</sup>.

En nuestro Derecho interno, la Constitución no sólo garantiza, junto a otros bienes y valores, la protección integral de los hijos y obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (artículo 39.2 y 3), sino que afirma, en el artículo 39.4, que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos. Además, nuestro Código Civil contiene numerosas referencias al interés del menor o del hijo en sede de nacionalidad [artículo 20.2 a)]; crisis matrimonial [artículo 90.1 b); 92.4 y 8; 94.2 y 103.1.º)]; reconocimiento de la filiación (artículo 125); guarda y acogimiento [arts. 172.4; 173.3 y 4 y 173 bis)]; adopción (arts. 176.1 y 180.2)<sup>8</sup>.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece en sus principios generales, artículo 2, que en «la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»; y menciona, en el artículo 11.2 a), entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, en primer lugar, la supremacía del interés del menor.

6. Para un estudio de este Convenio HERRANZ BALLESTEROS, M. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.

7. Así en el artículo 23, se dispone que «las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor».

8. VELA SÁNCHEZ, A. L., ob. cit., p.7.

Siguiendo estas pautas legales corresponde a los jueces y tribunales la concreción, determinación y defensa de este principio fundamental del interés del menor como principio de orden público al que deben atender, como sucede en las distintas instancias judiciales de la Sentencia que comentamos, haciendo también referencia a otras sentencias nacionales<sup>9</sup>.

Hay que señalar, como lo hace la autora antes citada, que «se aprecia una notable evolución en la interpretación del interés del menor que abandona la concepción clásica del interés del menor como sinónimo de estabilidad emocional e integración social, para centrarse en la defensa de sus derechos, tratando de conciliarlos con otros si se encuentran en conflicto y, si ello no es posible, hacerlos prevalecer sobre cualesquiera otros derechos o intereses en liza»<sup>10</sup>.

Y continúa, «cómo el interés del menor es una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres. Es el juez quien debe apreciar cual es el interés del menor en cada situación, en cada ruptura, y decidir, conforme a este interés, las medidas personales y económicas que le afecten»<sup>11</sup>.

Como dice TORRES PEREA<sup>12</sup>, el problema se reduce a cómo concretar la cláusula general que contiene el principio del interés del menor. De ello se ocupan los jueces o tribunales que conocen del caso concreto. De tal manera, que la cláusula general del interés del menor ha posibilitado el desarrollo judicial del Derecho de familia en aquellos asuntos en que es necesario para proteger al menor.

En interés del menor se debe dar audiencia al mismo por los jueces y tribunales que conocen del asunto del derecho a visita, en nuestro caso, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. De tal forma, que puede ser también que, en aras de este interés del menor, no sea necesario darle audiencia o que dicha audiencia sea fundamental para determinar el derecho de visita que a favor de uno de los progenitores se establece en la sentencia de instancia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

La obligación de que el menor sea oído antes de adoptar una decisión relativa a las medidas que les afecten está establecida legalmente en el artículo 24 de nuestra Constitución, en el artículo 770.4 LEC, en el artículo 92 CC, y en el artículo 9 LO de Protección del Menor. Este último artículo establece que el menor tiene derecho a ser

9. Sentencias de esta Sala de fechas 26 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2050), 16 de julio de 2004 (RJ 2004, 4382), 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257) y 13 de julio de 2012 (RJ 2012, 8358).

10. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ob. cit., p. 15.

11. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ob. cit., p. 31.

12. DE TORRES PEREA, J. M. ob. cit. p.29.

oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecta a su esfera personal, familiar o social; y en su párrafo segundo se añade que si dicha audiencia no es posible o no conviene al interés del menor, se optara por conocer su opinión a través de su representante legal, o de profesionales o de personas de especial confianza, que puedan transmitir objetivamente la opinión del menor, y en todo caso, el juez sólo podrá denegar la audiencia solicitada por el menor de forma motivada.

En el plano internacional, el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dice que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez; añadiéndose, que con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le asiste.

Teniendo en cuenta, que conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Bruselas II, considerando 19, «la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia». Como consecuencia, es a la forma de realizarse esa audiencia por los jueces y tribunales nacionales a la que hay que atender.

Así, establece la Sentencia que comentamos, el artículo 770.4 LEC se refiere a las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista y señala que se practicarán, dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días, y que durante este plazo, 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. La norma garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte 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.

El artículo 770.4 LEC es fruto de la modificación introducida por la Ley 13/2009. Su objetivo: la de equiparar y concordar el régimen de audiencia de los menores en los procesos contenciosos con el establecido para los de mutuo acuerdo en el artículo 775.5 LEC (en este caso a raíz de la reforma 15/2005). Sobre esta cuestión, la última doctrina del Tribunal Constitucional (TC), recogida en las Sentencias TC de 26 mayo 2008 y de 29 junio 2009 (RTC 2009, 163). Esta última, haciendo una interpretación integrada de los artículos 9.2 de la LO 1/1996 y 92.2 y 6 CC<sup>13</sup> señala: «La audiencia

13. Como sostiene, DE TORRES PEREA, J. M., ob. cit. p. 315, el artículo 92.6CC establece que 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

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 (artículo 9. 2 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor» (artículo 92.6 CC).

El juez que conoce el asunto debe velar que se cumpla y garantice el derecho de los menores a ser oídos cuando se vaya a adoptar alguna medida de protección que les afecte (como el derecho de visita). Se establece, sin embargo, que esa audición no es obligatoria, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor los que pueden invocar y acreditar esa necesidad, y provocar la audición del menor, es decir, no debe bastar con una simple petición.

De tal modo, que conforme al artículo 92.6 CC (en la redacción dada por la Ley 15/2005) y el artículo 770.4 LEC (en la redacción dada por la Ley 13/2009) la audición de los menores sólo se debería realizar: a) cuando así lo solicite el propio menor; b) cuando haya discrepancia entre los progenitores respecto de alguna de las medidas a adoptar que afecten al menor, c) cuando el juez de oficio considere que el acuerdo o convenio de los progenitores no salvaguarda debidamente los derechos e intereses del menor; y d) cuando lo solicite el Ministerio Fiscal y justifique la necesidad o beneficio de esa audición para el menor.

Se señalan en esta Sentencia del Tribunal Supremo, algunas sentencias que se refieren a la necesidad de que el menor sea oído en los asuntos que les conciernen (sentencias de esta Sala de fechas 28 de junio de 2004 [RJ 2004, 4321], 14 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1670] y 16 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7633]), siguiendo la misma línea de los tribunales europeos.

Así, y para todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010, 410), C-491/10 PPU (*Caso Aguirre Zarraga-Simone Pelz*). En esta Sentencia, mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en circunstancias como las del asunto principal, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución puede excepcionalmente oponerse a la ejecución de una resolución judicial que ordena la restitución de un menor, certificada con arreglo al artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003 por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, por considerar que este último, en dicho certificado, manifiesta haber respetado la obligación de oír al menor antes de pronunciarse, en el marco de un procedimiento de divorcio, sobre la atribución del derecho de custodia relativo al menor, siendo así que dicha audición no se llevó a cabo, contraviniendo de este

técnico judicial o del propio menor. Es decir, se producía una clara contradicción entre el contenido del artículo 92.6 CC y el artículo 770.4 LEC, antes de la reforma; contradicción en opinión de la doctrina, como señala MARÍN LÓPEZ: «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afectan», *Derecho privado y Constitución*, núm. 19, 2005, pp. 186 y 19, que debía dirimirse a favor de la ley procesal. Por tanto, antes de la reforma, si se trataba de procedimiento contencioso, se obligaba a dar audiencia a los menores de edad, mayores de 12 años, y al menor de esa edad que tenía suficiente juicio.

modo el artículo 42, interpretado conforme al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales. (A tenor del artículo 42.2, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen emitirá el certificado previsto en el apartado 1 de dicho artículo únicamente [entre otras condiciones] si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiera considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez [letra a])).

A este respecto señala el Tribunal europeo (en los considerandos 62 al 68), en primer lugar, que del artículo 24 de dicha Carta, así como del artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 se desprende que éstos no se refieren a la audiencia del menor en cuanto tal, sino a que el menor tenga la «posibilidad» de ser oído. En efecto, por un lado, dicho artículo 24, en su apartado 1, exige que los menores puedan expresar su opinión libremente y que esta opinión sea tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, únicamente «en función de su edad y madurez», y, en su apartado 2, obliga a tener en cuenta, en todos los actos relativos a un menor, el interés superior de éste, interés que, por tanto, puede justificar que no se dé audiencia al menor. Por otro lado, dicho artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a) del Reglamento, obliga a dar al menor posibilidad de audiencia, «a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez».

Ello implica que incumbe al juez que haya de resolver, en este asunto europeo, sobre la restitución del menor, apreciar «la oportunidad» de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, su presencia física ante el juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales.

De ello se sigue que, como prevén el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, el derecho del menor a ser oído no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia ante el juez del Estado miembro de origen, sino que se exige poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el juez.

En otros términos, si bien es verdad que el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 no obligan al juez del Estado miembro de origen a oír en todos los casos al menor en el marco de una audiencia, dejando así cierto margen de apreciación a dicho juez, no es menos cierto que, cuando éste decide oír al menor, estas disposiciones exigen que adopte, en función del interés superior del menor y habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, todas las medidas apropiadas con vistas



a tal audiencia, para respetar la eficacia de dichas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresarse.

Con esa misma finalidad, el juez del Estado miembro de origen debe poder recurrir, en la medida de lo posible y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, a todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, así como a los instrumentos propios de la cooperación judicial transfronteriza, incluidos, en su caso. Por consiguiente, el juez del Estado miembro de origen sólo puede emitir un certificado conforme a las exigencias del artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003 tras haber comprobado que, en función del interés superior del menor y habida cuenta de todas las circunstancias del caso de que se trate, la resolución a que se refiere ese certificado se ha adoptado respetando el derecho del menor a expresarse libremente y que se ha ofrecido a éste «una posibilidad real y efectiva de expresarse», habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional.

En el caso de los procesos abiertos en España sobre medidas de protección de los menores, a raíz de la reforma de 13/2009, por la que se modifica el artículo 770.4 LEC, en todos los procedimientos matrimoniales en que se deben adoptar medidas sobre guarda, custodia o visita, la audiencia del menor podrá ser solicitada por las partes, el fiscal y por los equipos técnicos, pero se acordará cuando se estime «necesario».

Como sostiene RODA Y RODA<sup>14</sup>, el derecho del menor a ser oído se ha restringido, al supeditar la audiencia, en los procedimientos matrimoniales contenciosos y consensuados, a que el juzgador la estime necesario y se ha justificado dicha reforma teniendo en cuenta el propio interés del menor. Resulta curioso que en los artículos 156 y 159 CC se regule la audiencia sin limitaciones, salvo la edad y el suficiente juicio del menor. Quizás, como dice este autor, en este último caso la causa que motiva la audiencia no se fundamenta en un conflicto de ruptura matrimonial, sino de discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, de tal modo, que la resolución que el juzgador se vio obligado a adoptar no tendrá como consecuencia para el menor dejar de convivir con uno de los dos progenitores.

En el asunto de la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo desestima como motivo de casación que a la menor, que a la sazón tenía 13 años, no se lo hubiera dado audiencia ante el Tribunal de apelación, no considerándolo en este caso necesario pues, ya se le había oído en primera instancia, por lo que el interés del menor había quedado asegurado. Además, estima nuestro Alto Tribunal, que no era necesario que la menor hubiese sido oída en la segunda instancia teniendo en cuenta que el Tribunal de apelación se limita a concretar un derecho a visita que ya estaba fijado por el Juzgado de primera instancia.

Por tanto, el interés del menor no ha sido vulnerado, la audiencia de la menor ha sido tenida en cuenta al fijar la medida de protección: para determinar el derecho de guarda y custodia a favor de la madre, que reside en Suiza, con la que la menor había

14. RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 217.

mostrado su deseo de convivir habitualmente, tras ser oída ante el Juzgado de Primera Instancia, y el derecho de visita a favor del otro progenitor (y que obedece también al interés de la menor de verse y comunicarse con él), aunque de manera abierta a la espera de concreción (que se determina en periodos concretos por el Tribunal de apelación y que, a falta de acuerdo de los progenitores, será el padre el que decida el lugar, y por tanto, si la menor debe viajar a España).

Y, concluimos con las reflexiones de RIVERO HERNÁNDEZ<sup>15</sup>: la audiencia del menor, como tal, es algo instrumental, medio para un fin. Oír al menor, directa o indirectamente, puede ser a veces tarea no fácil, pero mayores problemas plantea el dar valor o no relevante jurídicamente a la voluntad del menor, a su clara preferencia en un sentido u otro o a su rotunda negativa en la cuestión o situación afectada. Pensando, claro está, en la hipótesis en que esa posición del menor pueda ser tomada efectivamente en consideración, y como tal opinión o voluntad suya, por razón del grado madurez del niño.

15. RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 201.