

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar*

Right to be heard and the maturity of the child: judicial protection in the family area.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El menor tiene derecho a ser oído y escuchado en los procesos judiciales que les afecten en el ámbito familiar, como persona con capacidad para decidir siempre que tengan suficiente madurez independientemente de su edad, y discapacidad, y que conduzcan a una decisión que les afecten en su esfera personal o familiar. Tal derecho es una manifestación del principio de supremo interés del menor que tiene especial incidencia en el Derecho de familia.

ABSTRACT: *The minor has right to be heard in the judicial procedures in the family area that affect them, as person with aptitude to decide when they have sufficient maturity independently of his age, and disability, and leading to a decision affecting them in their personal or family area. This right is a manifestation of the principle of supreme interest of the minor who has special emphasis on family law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho a ser oído y escuchado. Guarda y custodia compartida. Adopción. Patria potestad. Menor.

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

KEY WORDS: *Right to be heard. Guardianship and joint-custody. Adoption. Parental authority. Minor.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.—II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO: 1. CONTENIDO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO DE 2015. 2. EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO: EL SUFICIENTE JUICIO DE 1996.—III. EXPLORACIÓN DE LOS MENORES: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. GUARDA Y CUSTODIA: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES. 3. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES. 4. LA SEGUNDA VICTIMIZACIÓN EN EL MENOR.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS TSJ Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Tras las rupturas de parejas matrimoniales o simples uniones de hecho (hetero u homosexuales) las principales víctimas son los niños que ven, cada vez con mayor anticipación en sus vidas, como su mundo cambia, su círculo social varía y comienzan otro tipo de disputas familiares tras la separación de sus progenitores.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹, ya concretaba en su artículo 9.1.º el *derecho a ser oído del menor... que lo podrá ejercitar cuando tenga suficiente juicio*.

El legislador se ve avocado a la introducción de este derecho garantista del menor intentando otorgarle un adecuado marco jurídico de protección que surge de diversos Tratados Internacionales ratificados por España fundamentalmente la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo. Objetivo prioritario también de otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño².

La propia Exposición de Motivos de la LOPJM de 1996 indicaba que «pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil...(cuyo) contenido trasciende los límites de este para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general». Poderes públicos que se encuentran obligados específicamente por el mandato constitucional contenido en el artículo 39 CE.

Se insiste en la evolución social que «ha provocado un cambio en el *status social del niño* y como consecuencia de ello se ha dado un *nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia*. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos³».

Por ello se introdujo la *condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad*. Así, el concepto «ser oído... si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, e introdujo la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos cuyas limitaciones deben interpretarse de forma restrictiva y centrarse más en los procedimientos que se adecuarán a la edad del sujeto («*En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de este, cuidando de preservar su intimidad*»).

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,⁴ ha modificado el precepto poniéndose de manifiesto que «transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 CE». Es más se refirió al informe del Defensor del Pueblo titulado «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014».⁵

Pues bien el citado precepto modificado, el artículo 9, desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del *menor a ser oído y escuchado* de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual⁶; y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Además, se *sustituye el término juicio por el de madurez* y se *introduce la preferencia de sus comparecencias y audiencias* en los procedimientos judiciales o administrativos, marcándose *el límite de edad mínimo en doce años cumplidos como presunción de la madurez del menor*.

Se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su edad o discapacidad, *tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado*, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.

El cambio se produce, según la propia Exposición de Motivos «tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros».

Esta Ley Orgánica 8/2015 *modifica también el apartado 2 del artículo 10 añadiendo la posibilidad de facilitar a los menores el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas. Además se refuerza la tutela*

judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial»⁷.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸ que tuvo en cuenta el informe de la Fiscalía General del Estado en su Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, regula los derechos de los menores en su Título I, “de los derechos y deberes de los menores”, se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 5, en el sentido de que *«los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo...»⁹.*

Importante ha sido también la publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰ que indica en su Exposición de Motivos que «El interés del ciudadano ocupa un lugar central entre los objetivos de esta Ley... pues se establecen *instrumentos sencillos, efectivos y adecuados a la realidad social a la que se aplican, en el caso de que requieran la intervención de los tribunales de justicia a través de cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria... Se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria de manera que el ciudadano se vea amparado con el grado de efectividad que demanda una sociedad cada vez más consciente de sus derechos y cada vez más exigente con sus órganos públicos...»¹¹.*

Ahora, según ha informado Europa Press, «La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados ha dado luz verde a una proposición no de ley, impulsada por el PP, que reclama la elaboración de un protocolo *para la orientación sobre la forma de examinar, interrogar u obtener testimonio de los menores de edad inmersos en un proceso judicial, reforzando las garantías de sus derechos y especialmente el derecho a ser escuchado*, evitando su segunda victimización. La propuesta pide, además, el impulso de las ‘salas amigables’, creando en el entorno judicial un espacio apto para los menores de edad como colectivo «especialmente vulnerable»¹² (entorno amigable puesto de manifiesto por el Informe del Defensor del Pueblo de 2014).

Pues bien en este breve comentario jurisprudencial vamos a perfilar la evolución de los tribunales en el desarrollo del derecho a ser oído del menor, su puesta en práctica y la asunción de funciones por los mismos en los procesos que afectan al menor en el ámbito del derecho de familia, específicamente en los temas de guarda y custodia y de derecho de visita.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO

1. CONTENIDO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO DE 2015

Cualquier toma de contacto en el procedimiento judicial, toda prueba realizada por los distintos equipos judiciales y más aún toda decisión judicial debe respetar el derecho fundamental del menor objeto de estudio. Esto significa en la práctica que:

El *equipo psicosocial técnico* del juzgado oír y escuchará al menor y le examinará debiendo concretar su voluntad y plasmarla en su informe, ya que incide directamente en la esfera personal del mismo. Informe encaminado a ayudar al juzgador a obtener un pronunciamiento protector del menor alejado de los deseos y reclamaciones de los progenitores.

El Ministerio Fiscal interviene en defensa de los intereses de los menores que están en una posición de debilidad; siendo su posición de imparcialidad,

aunque teniendo presente su obligación de proteger el superior interés del menor conocido a través de la escucha de la opinión del menor teniendo que velar por que sea tenida en cuenta. En caso de discrepancia se nombrará un defensor judicial.

Por otro lado hay que ser conscientes de la capacidad de iniciativa del menor para acceder al juez y al fiscal en el proceso matrimonial que dependerá en gran medida de su edad, capacidad de juicio y de la buena (o deficiente) información que le hayan facilitado sus padres (pensemos en la solicitud al Juez de obtención del derecho de relación). Cuestión diferente es el grado de acceso de los menores a estas instituciones, la vía adecuada y los resultados.

Respecto al entorno amigable, la forma de conducir la audiencia del menor, el especial cuidado que ha de ponerse en determinar el grado de libertad del niño y su exposición a eventuales presiones, la evaluación de los potenciales riesgos a los que se enfrenta, así como la determinación de su grado de madurez son temas importantes de regular pues ha de prestarse particular atención al conflicto de lealtades que puede padecer el niño a consecuencia del enfrentamiento de sus progenitores.

El juez directamente debe oír al menor antes de decidir; no es un error considerar que su decisión está fundamentada en la preferencia de la comparecencia del menor. El menor ha de ser escuchado cuando se adopte una decisión que le afecte en la fase cautelar del proceso, y, cuando se introduzcan elementos nuevos con independencia del momento procesal en que se esté.

Se exige al juez su deber de motivar las resoluciones, especialmente la justificación de las razones explicativas por las que no se ha escuchado al menor —lo que solo podrá fundamentarse en la falta de juicio propio o en la renuncia del niño. Aunque el juez no está vinculado por la opinión del niño sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación. Lo que el menor dice, teniendo en cuenta su grado de madurez, debe integrarse y quedar reflejado de forma pormenorizada en la argumentación que sustenta la resolución judicial. El trámite establecido resulta incuestionable, ineludible; no es facultad del juez sino obligación del juez («En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia») convocar a su presencia al menor y al fiscal para explorar su voluntad relacionada con la posible custodia de ambos padres¹³.

El derecho a ser oído es un Derecho Fundamental del menor, y todo cuanto se ha dicho son normas rectoras de actuación legal para el Juez, el Fiscal y el Equipo Técnico, por ejemplo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil y antes de acordar la custodia compartida¹⁴, o en otras cuestiones de derecho de familia donde el juez de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal llamará al menor (arts. 156,¹⁵ 177,¹⁶ 231¹⁷ y 237¹⁸ del Código Civil).

Si comparamos la ley de 1996 con la actual modificación producida tras la LO de 2015 al introducir los términos *ser escuchado* y *suficiente madurez* nos alertan sobre: que las palabras del menor tienen significado, y el tiempo en que se dicen o pronuncian (edad y madurez) condicionan su interpretación.

En el caso de la guarda y custodia compartida: es un requisito preferente y un derecho fundamental de obligado cumplimiento para todos los profesionales (jueces, fiscales, psicólogos, educadores, etc) pues el artículo 92.6 del Código Civil indica que «velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos». El juez debe motivar su decisión contraria a la exploración del menor; pero siendo lo normal su práctica, no se requiere, en tal caso, justificación alguna.

2. EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO: EL SUFICIENTE JUICIO DE 1996

La antigua redacción del artículo 9 de la LOPJM 1/1996 reconocía *el derecho a ser oído a todo menor* sin distinción, es decir, a toda persona desde su nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad de 18 años, pero para el ejercicio de ese derecho se le imponía un presupuesto: *tener suficiente juicio*. De manera que la capacidad general del menor de manifestar su opinión ante una decisión que le afectase (guarda y custodia, derecho de visitas...) podría tener efectos jurídicos en la medida que aquella capacidad general fuera evolucionando y *se concretase en una capacidad de entender y querer de forma razonada* —que debía valorarse en función de la decisión concreta a tomar. De ahí que varias veces el propio Código Civil establezca la necesidad de la preceptiva audiencia del menor. No obstante la LOPJM de 1996 concedió una mayor intervención a los hijos menores en las cuestiones que les afecten y amplía el ejercicio del derecho por el menor.

En cuanto al significado de la expresión introducida de *suficiente juicio*, la doctrina lo interpretó de forma amplia y flexible, intentando que el procedimiento de *oír al menor* se utilizase el mayor número de casos posibles. La jurisprudencia consideró que el «suficiente juicio» del menor equivalía a un «discernimiento para actuar las facultades volitivas: inteligencia y voluntad», que directamente se presume existente a partir de la edad de doce años y se valora libremente por el juez para los menores de esa edad. Grado de discernimiento que se aprecia en las exploraciones efectuadas al mismo, junto con dictámenes de los equipos técnicos que si bien se configuran como medios de prueba, sustituyen en ocasiones al trámite de audiencia del menor¹⁹.

Al ser el derecho a ser oído un derecho de la personalidad, el menor tiene capacidad para ejercitarlo por sí mismo siempre que tenga suficiente juicio. A falta del mismo, el ejercicio corresponde a los representantes legales, que serán los padres (art. 162 del Código Civil), y si ambos han fallecido su tutor (art. 267 del Código Civil)²⁰.

El cambio fundamental se produce con la modificación de la LO 8/2015, que continua reconociendo el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado pero se *sustituye el término juicio por el de madurez*. De modo que el titular del derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta es cualquier menor; por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor, pues debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio.

Nos interesa cuando el derecho se ejercita en un juicio relativo a cuestiones de derecho de familia, concretamente guarda y custodia o derecho de visita: donde será llamado por el juez de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal (arts. 92, 156, 177, 231 y 237 del Código Civil). Aunque, la ley autoriza a los hijos menores a acudir al juez por propia iniciativa en determinados casos, y aquí *curiosamente* no se impone el límite del suficiente juicio (arts. 158, 160, 167 y 248 del Código Civil).

La evolución legislativa y jurisprudencial determina *la tendencia a reconocer plenamente la titularidad de los derechos de los menores y una capacidad progresiva para ejercerlos*. De manera que, alcanzado el juicio suficiente, el menor puede ejercitar el derecho por sí, sin intromisiones de sus representantes legales pues la Exposición de Motivos de la LOPJM de 1996 ya afirmaba que «la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos».

III. EXPLORACIÓN Y RECEPCIÓN DE SOLICITUDES DE LOS MENORES

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Se refieren a la conveniencia o no de practicar la exploración de los menores los artículos 777.5 LEC²¹ en relación con el 92.6 del Código Civil antes de acordar la guarda y custodia compartida, y con el artículo 160,3 del Código Civil²², referido a la solicitud del derecho de visitas, y también en relación con la adopción y la tutela. En este breve análisis vamos a referirnos únicamente a las dos primeras cuestiones.

La STS de la Sala Primera de 20 de octubre de 2014 nos recuerda que «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que *cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos* en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio»²³.

En este mismo sentido se había pronunciado previamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005²⁴ que estudió un recurso de amparo al haberse conculcado la tutela judicial efectiva vulnerándose el derecho del menor a ser oído en un procedimiento de separación matrimonial. Menor que con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la AP habiendo alcanzado también la hermana pequeña la edad necesaria para que su opinión fuera tenida en cuenta. Resolviendo sin ser oídos, el otorgamiento de su guarda y custodia a la madre, modificando lo acordado en las medidas provisionales en las que previamente se había atribuido al padre²⁵.

Pues bien se determina la anulación de las Sentencias de instancia y apelación para que *se dé audiencia sobre la atribución de guarda y custodia a los menores implicados, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, antes de resolver definitivamente el recurso de apelación interpuesto*.

Indicando además que para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada ya que si no se vulneraría el artículo 24.1 CE²⁶, tal y como ya indicó en la STC de 25 de noviembre de 2002²⁷.

2. GUARDA Y CUSTODIA: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES

Hay dos figuras jurídicas donde el derecho del menor a ser escuchado es trascendental porque así lo ha configurado la legislación ya analizada, y caso a caso es estudiado por la jurisprudencia.

El primero de ellos es el supuesto de GUARDA Y CUSTODIA. El artículo 92 del Código Civil, con su nueva redacción²⁸, introduce expresamente el *derecho a ser oído como mandato general* en su apartado 2.º del Código Civil indicando que «El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, *velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*». Posteriormente, el citado artículo 92 en su párrafo 6.º dice, refiriéndose al momento de acordar el régimen de guarda y custodia, que: «en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar

informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»²⁹.

La propia Jurisprudencia del TS reitera hasta en más de una docena de ocasiones que vamos a indicar³⁰, que la obligación judicial a la hora de adoptar cualquier medida sobre la custodia, (art. 92,2.º y 6.º del Código Civil) —y transcribo literalmente sus argumentaciones— en «la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia está en función y *se orienta en interés del menor*; interés que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la LOPJM1/1996, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *define ni determina...*».

Así, y por orden cronológico hacia atrás se va a repetir la misma doctrina mantenida en el párrafo anterior. La STS de 12 de septiembre de 2016, indica además en su FJ 2.º que «la jurisprudencia de esta sala, ...teniendo en cuenta que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la Sentencia que se recurre». La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia»³¹.

La STS de 27 de junio de 2016 se refiere a que «(La custodia compartida) exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel ...»³². En idéntico sentido la STS de 30 de mayo de 2016³³ donde se mantiene la atribución al padre de la custodia del hijo común de los litigantes por ser lo más beneficioso para el menor.

La STS de 17 de marzo de 2016³⁴ incide en los deseos expresados por el menor³⁵, pues «Se constata que el Tribunal, tras valorar las pruebas practicadas, que *objetivamente no existiría inconveniente para conceder la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente, pero, sin embargo, con sensibilidad orientada al interés del menor...* De este modo el Tribunal de apelación, y así también lo entiende el Ministerio Fiscal, considera que el interés del menor queda más beneficiado, por ahora, *conciliándose los dos deseos que expresa respecto de la relación y comunicación con sus progenitores*».

Teniendo en cuenta la edad de la menor y aprovechando la modificación de las medidas, el TS en Sentencia de 4 de febrero de 2016³⁶, afirma que «no se advierte un solo motivo negativo para privar a la hija de compaginar la custodia entre ambos progenitores, según resulta de la Sentencia. Ambos se han implicado en el cuidado de la hija antes y después del divorcio y pueden seguir haciéndolo sin ningún problema tras la ruptura...»³⁷.

La STS de 28 de enero de 2016³⁸ indica que (la SAP) petrifica la situación del menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, con nueve años de edad, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual establece un amplio

régimen de visitas, tratando de conciliar «el interés de menor con el indudable y siempre beneficioso derecho del mismo a relacionarse con su padre», impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. *La adaptación del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre ...* En idéntico sentido que la anterior la STS de 30 de diciembre de 2015³⁹, critica a la SAP alegando las mismas consideraciones.

Interesante resulta la STS de 9 de octubre de 2015⁴⁰ que desestima la solicitud de atribución al padre de la custodia de sus hijos menores, aunque *estos han manifestado su voluntad de vivir con él, pues no expresan motivos serios que justifiquen dicha voluntad*. No constan hechos o conductas que pudieran perjudicarles, habiendo ejercido la madre la guarda y custodia de forma adecuada. La Sentencia recurrida ha tenido en cuenta los intereses de los menores y ha examinado las pruebas practicadas y *aunque la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, el conflicto existente con la madre es lógico en cierta manera por la edad que tienen y no puede servir por sí mismo de justificación para modificar su guarda*.

Afirma que «Es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 9 LOPJM 1996, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, *salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores*. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, 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»⁴¹.

El interés del menor, añade la Sentencia citada, «exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciado en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. *Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar*.

La STS de 25 de abril de 2014⁴² recuerda que «la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar... exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincenti-

varla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel»... Y critica a la SAP que «Omite que *los hijos han demandado de forma muy importante a sus padres la existencia entre ellos de dialogo y respeto* y que como sostuvo el *Ministerio Fiscal, con cita del informe del equipo psicosocial*, este cambio no va a suponer una variación que altere la forma de vida de los mismos dada la proximidad de los domicilios de los progenitores en lo que se refiere al centro escolar y realización de las actividades que vienen desarrollando, sin necesidad de cambiar de ambiente, por lo que no se advierte ningún riesgo que desaconseje el cambio instado».

También se afirma que se prima el interés del menor en la STS de 12 de diciembre de 2013⁴³, en su FJ 2.º donde reconoce que existe entre los progenitores un vínculo afectivo normalizado, y que *los hijos quieren compartir su vida con su padre y con su madre. Omite, sin embargo, que como consecuencia de la ejecución de la Sentencia durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida.*

La STS de 19 de julio de 2013⁴⁴ establece un régimen guarda y custodia compartida respecto a los hijos comunes de los litigantes por ser lo más beneficioso para el interés de estos. *Aunque el informe psicológico es favorable a mantener la custodia materna, no se opone a un sistema compartido.* Ha de tenerse en cuenta el *vínculo afectivo de los menores con ambos progenitores*, la cercanía del domicilio del padre al colegio de los niños y a la vivienda de la madre, así como la existencia de un régimen de visitas muy amplio. *El Ministerio Fiscal ha informado a favor de la custodia compartida. Con ella se garantiza la participación de ambos progenitores en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en igualdad de condiciones.* Se acuerda un régimen de estancias de quince días⁴⁵.

Ya en 2005, la STS, de 14 de febrero⁴⁶ en su FJ 3.º afirma que «habiendo transcurrido, desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, *el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída*, conforme resulta del derecho que establece la LOPJM (art. 9-3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770-6.º, 774 y, especialmente artículo 775 LEC, *procede acordar la audiencia de dicha menor*, con intervención del Ministerio Fiscal, a cuyo fin se librára el despacho oportuno, por la Audiencia al Juzgado de origen, de manera, que el *Ministerio Fiscal, ordene, en su caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas*, dado que el proceso se siguió aplicando por analogía las mismas empleadas en la separación matrimonial».

En cuanto a la *Jurisprudencia Menor*, sigue a pie juntillas esta doctrina, y por ello recogemos solo las más recientes en la materia:

En Asturias la SAP, de 22 de julio de 2016⁴⁷ sigue la doctrina establecida por el TS recogiendo textualmente que «conviene tener presente que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 LOPJM, definen ni determinan de forma apriorística la solución más favorable para el menor, de modo que en la indagación de este en el derecho comparado se utilizaban «criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, 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»⁴⁸. En el supuesto enjuiciado *la Sentencia se apoya en el imparcial dictamen del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados, que*

tiene el valor añadido del importantísimo caudal de experiencia que proporcionan los años examinando supuestos similares; es así que el dictamen refleja la menor implicación paterna en el cuidado del niño y la ausencia de un programa o plan coherente de custodia compartida para el supuesto que le fuera efectivamente otorgada; son pues dos obstáculos más que considerables para reputar que esa sea la opción que mejor responda al superior interés del menor, sin posible parangón con la hipotética sobreprotección que el apelante imputa al otro progenitor⁴⁹.

Acertadamente pone de manifiesto la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2016⁵⁰, que: «Debe recordarse en cuanto a la exploración de los menores, *sobre el valor que debe darse a las voluntades y deseos manifestados por los hijos menores en la exploración*, «Hay que tener en consideración la Sentencia del TSJC de 9 de enero de 2014 que después de referirse a la audiencia de los menores cuando tengan *suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años* que viene impuesta, por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 12); por el artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE del año 2000; por el artículo 9 LOPJM, por el artículo 770,4 LEC y a la doctrina del TC que en relación con el artículo 24.1 CE, ha establecido que *el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento* (judicial o administrativo) que le afecte, señala que «El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta aunque no puede erigirse en elemento decisorio»⁵¹.

También afirma la SAP de Vizcaya, de 30 de junio de 2016⁵² que: «Lo que se pretende es *aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial* y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos».

Por último, acentúa la SAP de Córdoba, de 29 de junio de 2016⁵³ que: «*Téngase además presente, que si las normas (art. 9 de LOPJM, art. 92-6 del Código Civil y art. 770-4.º LEC imponen que el menor que tenga suficiente juicio— y en todo caso si fuere mayor de doce años—sea oído a la hora de determinarse judicialmente el régimen de custodia y guarda (pero ello no como un mero acto de trámite sino a efectos «de tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez»)*, claro resulta, que la voluntad del menor debe de tener especial relevancia cuando se trata de decidir un aspecto tan importante para él como es la determinación de cómo y quién debe de asumir la guarda y custodia. *No quiere decir ello, tal y como decíamos en Sentencia de 26 de noviembre de 2015, que la opinión y deseos del menor linealmente constituyen el criterio exclusivo y determinante en esta materia, sino que en casos como el de autos (en que los menores tiene suficiente madurez y se expresan con libertad de criterio y de un modo razonado) la opinión del menor si debe ser considerada como criterio de especial relevancia; máxime cuando, tal y como efectivamente aquí acontece, concurre una circunstancia objetivamente constatable objetiva como la antes mencionada».*

3. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES

En cuanto al segundo tema interesante es el DERECHO DE RELACIÓN O VISITAS con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados (art. 160 del Código

Civil) sobre el que el menor *no solo será escuchado sino que deberá atenderse por el Juez su solicitud cuando así lo pida*. Hemos recogido alguna de las Sentencias más interesantes.

Así referida a un supuesto de una suspensión del régimen de visitas de una madre con su hija menor en acogida, la STS de 4 de noviembre de 2013 en su FJ 3.º indica que⁵⁴: «Ciertamente es que el artículo 9 LOPJM, establece el *derecho del menor a ser oído* «tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social» y que *«se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio»*, y cierto es también que el artículo 154.2 del Código Civil establece este mismo derecho, antes de adoptar decisiones que les afecten, *«si los hijos tuvieran suficiente juicio»*. Pues bien, aun admitiendo que la madre no es ningún tercero en este procedimiento para solicitar que su hija menor ejerza el derecho a ser oída en el curso de las actuaciones, y que la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la *no admisión o la no práctica de exploración* la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor por la supresión del régimen de visitas a favor de su madre, y lo que dicha parte alega como causa de su recurso no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, que tiene en cuenta el deseo de la menor de mantener estos contactos, los que sin embargo se niegan por razones directamente vinculadas a su interés, que no se identifica necesariamente con lo expresado por ella, pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social. La considera, por tanto innecesaria, máxime cuando *había sido explorada* «en el curso de las pruebas periciales por parte del Gabinete Psicosocial, así como *ha manifestado su opinión de forma clara* a lo largo de todo el procedimiento administrativo»

Se establece un derecho de visita de la abuela que ejerce una influencia negativa sobre el menor, en la STS de 11 de junio de 1998⁵⁵. Recientemente la LO 15 de enero de 1996, el artículo 9 regula el *derecho a ser oído* tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social»; y en la de 17 de septiembre de 1996, se decía: «...ello no quiere decir que sea desconozca por el órgano colegiado el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que *han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto*, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del Código Civil) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias

cambien y oyendo al menor; según se desprende de la LO 1/1996 de 15-1, de protección jurídica del menor; aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España»⁵⁶.

Tras la publicación de la LOPJM 1/1996, la STS de 11 de junio de 1996⁵⁷ recoge las novedades legislativas indicando que «debe partirse del cambio operado en el estado litigioso ya que la edad del menor (nacido el 18 de enero de 1982) era solo de siete años al tiempo de plantearse la demanda, mientras que al presente el menor ha cumplido los catorce años lo que coloca al *entonces infante en el inicio de la pubertad, y ante un mayor grado de discernimiento y de enfoque autónomo en su toma de decisiones*. La propia demandada y recurrente, había previsto esta situación, ya que en el «suplico» de su escrito de contestación a la demanda sostiene «que una vez que Eduardo haya cumplido la edad señalada en el párrafo anterior, o bien si manifiesta su voluntad de estar más tiempo con sus abuelos y previo consentimiento de su madre, puede el menor cambiar ese régimen de visitas a su entera satisfacción, algún día del fin de semana, o en periodo de vacaciones, etc...». Las circunstancias, en efecto, se han transformado. Especialmente, debe tomarse en cuenta para valorar la nueva situación, el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño (...) por la que los Estados Partes garantizan 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 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. Recientemente la LOPJM de 15 de enero de 1996 se preocupa del marco jurídico del menor en consonancia con la ratificación del ya citado Convenio como expresa en su «exposición de motivos». En concreto y, dentro del Capítulo II sobre los derechos del menor; el artículo 9 *regula el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*».

4. LA SEGUNDA VICTIMIZACIÓN EN EL MENOR⁵⁸

De toda la Jurisprudencia expuesta se observa que los menores se ven en primer lugar afectados por la crisis de pareja de sus progenitores, y, posteriormente, en segundo lugar, a fin de mejorar su participación y la defensa de sus intereses en los procesos judiciales en los que interviene, tienen que pasar por la exploración⁵⁹ y la obligación de decantarse por qué tipo de vida desean para su futuro eligiendo una guarda y custodia de uno u otro tipo, o solicitando el derecho de relación por sí mismos o por sus representantes legales o el Ministerio Fiscal, incluso en contra de la opinión de sus progenitores⁶⁰. Pues en los procesos civiles derivados de una crisis de pareja expuestos, la mayoría sobre guarda y custodia, y sobre el derecho de relación (en sentido amplio) el menor será el destinatario de la mayor parte de las medidas que se adoptarán, y por ello debe poder intervenir en un proceso en el que se van a tomar decisiones que, de una forma directa o indirecta, le van a afectar en su vida diaria durante muchos años.

Como hemos visto el Juez deberá, en última instancia hacer que el menor participe de forma activa y real siempre adoptando decisiones con base a su interés superior, pero no cabe duda de que en estos «procesos el menor se encuentra en mitad de múltiples profesionales que pueden tener intereses opuestos: abogados «defensores» de una y otra parte, equipos técnicos de los juzgados, médicos y psicólogos forense, servicios sociales de protección a la infancia, fiscales, jueces...».

De las Sentencias analizadas se pone de manifiesto que surgen multiplicidad de problemas de la práctica de los juzgados: Así el Juez deberá valorar de acuerdo con las novedades legislativas *si el menor tiene madurez para poder intervenir en los procesos matrimoniales*, o si realmente el Ministerio Fiscal representa y defiende al menor en estos procesos. También cuenta en el Juzgado con un equipo técnico de asistentes sociales, psicólogos, forenses que tienen práctica en cómo ha de hacerse y documentarse la exploración del menor, y si es más riguroso y debe valorarse prioritariamente el informe que haga este equipo, o el informe de la parte.

IV. CONCLUSIONES

La LOPJM de 1996 indicaba que *el menor tenía derecho a ser oído que lo podrá ejercitar cuando tenga suficiente juicio*. Posteriormente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, continua reconocimiento el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado *...teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (sustituyéndose el término juicio por el de madurez) y dándose preferencia de sus comparecencias y audiencias en los procedimientos judiciales o administrativos, marcándose el límite de edad mínimo en doce años cumplidos como presunción de la madurez del menor*. Y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desarrolla el derecho indicando que *«los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo...»*.

Esto significa que cualquier menor es titular del derecho a ser escuchado y su opinión debe ser tenida en cuenta, por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor. Debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio. La aplicación automática de criterios de edad para excluir el acto de escucha resulta improcedente. La escucha implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída, debiendo además razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor.

La normativa sobre los procesos de crisis familiar no concibe la escucha del menor como un derecho, sino como una facultad judicial sujeta al principio de oportunidad. No está previsto un método para asegurar que la comunicación del niño con el juez y con el fiscal se produzca de manera general, temprana y normalizada, como parte de la ordenación del proceso.

Los conflictos en el derecho de familia pueden tener efectos perjudiciales sobre el bienestar de los menores además de los obstáculos que puedan surgir relacionados con su representación legal o con su declaración ante los tribunales. Las principales relaciones de los menores con el sistema judicial pueden ser de muy diversa índole: en caso de divorcio de sus padres, o de discrepancia sobre su custodia, o en el caso de adopción, o de tutela, o para ejercitar su derecho de visita con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados... La información que ne-

cesitan los menores y sus representantes para ejercer sus derechos o defender sus intereses en los procedimientos judiciales debe ser adecuada. El acceso efectivo a la justicia y la participación de los niños en los procedimientos judiciales son requisitos básicos para garantizar un alto nivel garantista de los intereses jurídicos de los menores. Los profesionales que trabajan con y para menores deben recibir una formación adecuada sobre los derechos y necesidades de los menores (y sus diferentes edades) así como sobre los tipos de procedimiento adecuados para ellos. Igualmente deben recibir formación en cuanto a la comunicación con los menores según sus edades y fases de desarrollo, sobre todo si se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

Se trata de hacer que el sistema judicial sea más accesible para los menores. Si el sistema judicial es poco accesible pueden ser objeto de una multitud de restricciones o violaciones de sus derechos. Esto es lo que desde el punto de vista teórico se ha perseguido por las leyes que han modificado del Código Civil y la LOPJM (LO 12/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema...).

V. BIBLIOGRAFÍA

- BO JANÉ, M. y CABALLERO RIBERA, M.: El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?» *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial La Ley. (La Ley 2001, 22579).
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: La audiencia del menor en los procesos judiciales, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 7, Tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2015, 4591).
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. (Su evolución en los Tribunales de Justicia), en *Diario la Ley*. Sección Doctrina. 9 de octubre de 2014. (La Ley 2014, 6658).
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 11, Tercer trimestre de 2016, Editorial La Ley. (La Ley 2016, 5718).
- ROMERO COLOMA, A. M.^a: La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales, en *La Ley*, año XXXIII, núm. 7956, 2 de noviembre de 2012, p. 5.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Primera, Sentencia 152/2005 de 6 de junio de 2005, Rec. 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. (La Ley 2005, 127662)
- STC, Sala Segunda, Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre de 2002, Rec. 1044/2000. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. (La Ley 2003, 178).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 526/2016 de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 119442).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 433/2016 de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 2016, 79268).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 355/2016 de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 2016, 59415).

- STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 166/2016 de 17 de marzo de 2016, Rec. 2129/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 2016, 20628).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 33/2016 de 4 de febrero de 2016, Rec. 3045/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 2443)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 9/2016 de 28 de enero de 2016, Rec. 2205/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 1000)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 753/2015 de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2015, 217833).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2015 de 9 de octubre de 2015, Rec. 2842/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2015, 139509).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 413/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. (La Ley 2014, 149445).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 200/2014 de 25 de abril de 2014, Rec. 2983/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2014, 51101).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 761/2013 de 12 de diciembre de 2013, Rec. 774/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 196575).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 495/2013 de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 118670).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 97/2005 de 14 de febrero de 2005, Rec. 3331/1998. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 2005, 35489).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1996, Rec. 3446/1991. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 1996, 7499).
- SAP de Asturias, Sección 6.^a, Sentencia 236/2016 de 22 de julio de 2016, Rec. 304/2016. Ponente: Jaime Rianza García. (La Ley 2016, 122264).
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, Sentencia 166/2016 de 19 de julio de 2016, Rec. 185/2016. Ponente: José Francisco. López Pujante. (La Ley 2016, 122124)
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 546/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 734/2015. Ponente: María José Pérez Tormo. (La Ley 2016, 131799).
- SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 420/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 206/2016. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. (La Ley 2016, 122635).
- SAP de Córdoba, Sección 1.^a, Sentencia 362/2016 de 29 de junio de 2016, Rec. 1182/2015. Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez. (La Ley 2016, 116739).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 164433).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1998, Rec. 1474/1994. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. (La Ley 1998, 6214).

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones,

- hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. Publicado en: «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2014, páginas 6453 a 6462 (10 págs.)
- Resolución A 3-0172/92, por la que aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).
 - Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Derecho del Niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009. (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf?view=1>)
 - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las regiones. «Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño». Bruselas, 15.2.2001. COM(2011) 60 final. Directrices del Consejo de Europa sobre acceso de los niños a la justicia — adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010, disponibles en: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>
 - CE. Artículo 39
 - Código Civil
 - Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Publicado en «BOE» de 17 de enero de 1996.
 - Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.)
 - Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64544 a 64613 (70 págs.)
 - Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201 (134 págs.)
 - Informe de la Fiscalía General del Estado en su Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.
 - Informe del Defensor del Pueblo titulado «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014», <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

NOTAS

¹ Publicado en «BOE» de 17 de enero de 1996.

Derecho a ser oído. Artículo 9.1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las compareencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de este, cuidando de preservar su intimidad.

2. *Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o, a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.*

3. *Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos».*

² «Los procedimientos civiles, especialmente los litigios transnacionales, resultantes de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación legal pueden dar lugar a una restricción de este derecho. Especialmente, en los procedimientos para determinar la responsabilidad parental, los niños pueden ser rehenes de largos litigios judiciales transfronterizos entre los dos miembros de la extinta pareja. La legislación de la UE facilitaría el reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de responsabilidad parental. Un requisito previo para que los niños puedan defender sus derechos en los litigios de Derecho de familia consiste en suministrar información a los niños y a sus progenitores sobre sus derechos conforme a la normativa de la UE y al ordenamiento jurídico nacional. Esta información debe ser fácilmente accesible y presentar explicaciones claras sobre los procedimientos aplicables. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, elaborará y mantendrá actualizadas hojas informativas sobre el Derecho de la UE y el ordenamiento jurídico nacional en materia de obligaciones de alimentos, mediación, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de responsabilidad parental. Por lo que respecta al secuestro de menores por sus progenitores, la Comisión prestará especial atención a la información facilitada por la Mediadora del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores». Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las regiones. «Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño». Bruselas, 15.2.2001. COM(2011) 60 final. Directrices del Consejo de Europa sobre acceso de los niños a la justicia — adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010, disponibles en: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>

³ DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. (Su evolución en los Tribunales de Justicia), en *Diario la Ley*. Sección Doctrina. 9 de octubre de 2014. (La Ley 6658/2014)

⁴ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.)

⁵ <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

⁶ Hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010.

⁷ Artículo 9. *Derecho a ser oído y escuchado*.

«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias»

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

⁸ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64544 a 64613 (70 págs.).

⁹ *Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos».*

«3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

...Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.

Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas».

¹⁰ «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201 (134 págs.).

¹¹ Esta Ley se ha elaborado al mismo tiempo que otras reformas, afectando a las mismas normas, como las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que darán una nueva regulación, entre otras cuestiones, al acogimiento y adopción de menores. Ello obliga a coordinar el contenido de estas leyes.

¹² La iniciativa ha salido adelante con el voto a favor de PP, PSOE, Ciudadanos, PNV y Grupo Mixto y la abstención del grupo confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

El propio portavoz de la comisión, Avelino De Barrionuevo, ha recordado que el texto presentado también incide en la necesidad de reforzar el sistema de protección de menores en el ámbito judicial, creando un nuevo registro central de delincuentes sexuales, reforzando mecanismos de prevención en la sustracción internacional de menores, incrementando las garantías en la integridad de aquellas personas que tienen como función la formación de menores, y extendiendo la especial protección de nuestro ordenamiento jurídico sobre menores afectados por violencia.

Desde el PSOE, la diputada Elvira Ramón ha criticado la proposición por ser «vaga», «carecer de aspectos concretos que se regulen» y ser «obvia» ya que su propósito se incluye en las legislaciones españolas y europeas. Aún así, ha mostrado su apoyo instando al Ejecutivo a «no solo traerla» a debate, sino también «a ponerla en marcha de forma concreta». Por su parte Ciudadanos, ha destacado la importancia de que esta propuesta cuente con una «correcta financiación», apostando por una «modernización de la justicia».

¹³ ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio: Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo, en *LA LEY Derecho de familia*, Núm. 11, Tercer trimestre de 2016, Editorial LA LEY. (La Ley 2016, 5718).

¹⁴ El número 6.º de dicho precepto nos dice «oír a los menores que tengan suficiente juicio», cuando debería decir: «oír y escuchar a los menores que tengan suficiente madurez». La interpretación adecuada de la norma nos lleva a esa traducción o transcripción para acomodarla a las nuevas exigencias del artículo 9 de la LOPJ 1/1986, tras la redacción de la LO 8/2015, de 22 de julio.

¹⁵ Artículo 156 del Código Civil redactado por el apartado veintinueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años,

atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Párrafo segundo del artículo 156 («BOE» 3 de julio). Vigencia: 23 de julio de 2015

¹⁶ Artículo 177 redactado por el apartado veintidós del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

3. *Deberán ser oídos por el Juez:*

1.º *Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción.*

2.º *El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores.*

3.º *El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.*

4. *Los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.*

¹⁷ La Ley 26/2015 se ha olvidado de «retocar» el artículo 231, que refiriéndose a la tutela indica que:

El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

Aunque considero que análogamente a los demás preceptos modificados por la Ley 26/2015, debería equilibrarse el límite de los doce años para que los menores de doce años fueran oídos y escuchados de acuerdo con su edad y madurez.

¹⁸ El artículo 237 del Código Civil dispone que *las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por estos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor.*

En este precepto no se impone el límite temporal de la edad del menor y tampoco se ha modificado por la ley 26/2015, por lo que considero que análogamente el Juez deberá oírle y escuchar al tutelado menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

¹⁹ BO JANÉ, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica: El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés? *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial La Ley. (La Ley 2001, 22579)

²⁰ En el trámite de audiencia el menor no es parte procesal, pues no actúa como demandante ni demandado, sino simplemente ejercita su derecho a ser oído, expresa su opinión sobre aquellas actuaciones que le pueden afectar a la esfera personal y patrimonial; y el juez tiene un criterio más para decidir que, es lo que es más beneficioso para el menor. Y, asimismo, se ha considerado que resulta innecesario la audiencia del menor; cuando hay constancia de su opinión en las manifestaciones que hizo al equipo psicossocial». BERRO-CAL LANZAROT, Ana Isabel: La audiencia del menor en los procesos judiciales, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 7, Tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2015, 4591).

²¹ Artículo 777, 5.º LEC, referido a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días».

Introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²² El artículo 160,2.º del Código Civil referido al derecho de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, indica que «2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus abue-

los y parientes y allegados. Y en caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

²³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 413/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. (La Ley 2014, 149445).

²⁴ STC, Sala Primera, Sentencia 152/2005 de 6 de junio de 2005, Rec. 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. (La Ley 2005, 127662).

²⁵ Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el artículo 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

Comprobada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor Alberto P. G., será de añadir que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, dicho derecho a ser oído debe ahora extenderse a su hermana pequeña Natalia P. G., al haber alcanzado esta la edad necesaria para que también sea tenida en cuenta su opinión.

Procede, otorgar parcialmente el amparo solicitado, anulando las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla a las que se ha hecho repetida referencia, y retro trayendo las actuaciones al momento anterior a aquel en que estas se dictaron, para que, por parte de este órgano judicial, se de audiencia sobre la atribución de guarda y custodia a los menores implicados, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, antes de resolver definitivamente el recurso de apelación interpuesto.

²⁶ «La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del artículo 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico 5». STC, Sala Primera, Sentencia 152/2005 de 6 de junio de 2005, Rec. 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. (La Ley 2005, 127662).

²⁷ STC, Sala Segunda, Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre de 2002, Rec. 1044/2000. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. (La Ley 2003, 178).

²⁸ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²⁹ Publicado en «BOE» núm. 163 de 9 de julio de 2005.

³⁰ Las SSTs de 12 de septiembre de 2016, de 27 de junio de 2016, de 30 de mayo de 2016, de 17 de marzo de 2016, de 4 de febrero de 2016, de 28 de enero de 2016, de 30 de diciembre de 2015, de 9 de octubre de 2015, de 25 de abril de 2014, de 12 de diciembre de 2013, de 19 de julio de 2013, de 14 de febrero de 2005, de 11 de junio de 1996. Y la jurisprudencia menor que la sigue... entre las más recientes la SAP de Asturias de 22 de julio de 2016, SAP de Barcelona de 5 de julio de 2016, SAP de Vizcaya, de 30 de junio de 2016 y SAP de Córdoba, de 29 de junio de 2016.

³¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 526/2016 de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 119442). Se confirma la custodia materna de la hija menor de los litigantes. No puede identificarse la custodia compartida con un reparto igualitario del tiempo de permanencia de la niña con uno u otro progenitor. Desde que nació la madre, que no trabaja, se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, incluyendo el tiempo transcurrido desde la ruptura convivencial de los litigantes. Debe tenerse en cuenta que el padre viaja al extranjero por motivos laborales, así como los deseos manifestados por la propia menor y el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común. El TS desestima el recurso de casación for-

mulado por el padre y confirma la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a favor de la madre...

³² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 433/2016 de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. La Ley 2016, 79268. FJ 4.º.3.- Se establece un sistema de convivencia compartida de la hija menor con sus dos progenitores. No es obstáculo la conflictividad existente entre los litigantes, que se limita a las múltiples denuncias interpuestas por la madre por incumplimiento de los horarios relacionados con el régimen de visitas. Los desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican *per se* que no se acuerde un régimen de custodia compartida si no perjudican a la menor: Ambos litigantes están capacitados para su cuidado y la menor afirma estar bien con los dos. Debe primar el superior interés de la niña.

³³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 355/2016 de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz, (La Ley 2016, 59415). Se mantiene la atribución al padre de la custodia del hijo común de los litigantes por ser lo más beneficioso para el menor. No se accede a la solicitud de la madre de establecimiento de un sistema de custodia compartida. Se tienen en cuenta los apoyos del padre para el cuidado del menor pues los abuelos paternos coadyuvarán a su atención, mientras que la madre carece de esa ayuda, así como la mayor vinculación afectiva del menor con la familia paterna. No es viable económicamente el plan propuesto de tres viviendas.

³⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 166/2016 de 17 de marzo de 2016, Rec. 2129/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz, (La Ley 2016, 20628).

³⁵ Deseos a los que se refiere el TS indicando que: (i) Los progenitores residen en lugares diferentes y el menor manifiesta que no le gustaría vivir una semana con cada progenitor. (ii) También expresó su deseo de estar más tiempo con su padre durante la semana y los fines de semana. (iii) Que en tal caso cree que su madre se pondría triste y no quiere que ello suceda. (iv) Lo pasa bien con su padre y familia de este. (v) En definitiva quiere vivir con su madre porque no quiere verla triste, provocándose en el menor un conflicto de lealtades. (vi) Conjugando todos esos datos, y en atención prioritaria al interés del menor, se inclina el Tribunal por respetar el deseo del hijo de conciliar ambos intereses, sobre todo si se tiene en cuenta el inconveniente de que cada progenitor reside en una localidad distinta, por muy cercanas que estén, así como que el centro escolar al que asiste el menor se encuentra en la que reside la madre. No obstante tal idoneidad la considera como tal «al menos de momento».

³⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 33/2016 de 4 de febrero de 2016, Rec. 3045/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana (La Ley 2016, 2443) Se establece un sistema de custodia compartida de ambos progenitores respecto de la hija menor por ser lo más beneficioso para ella. No es significativa su adaptación a la custodia materna *por su edad* y porque puede ser perjudicial al impedirle avanzar en su relación con su padre a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. Debe primar el superior interés de la menor. No hay ningún motivo para privarle de compaginar la custodia entre ambos progenitores, los cuales se han implicado en el cuidado de la hija antes y pueden seguir haciéndolo sin ningún problema tras la ruptura.

³⁷ Pues... *con el sistema de custodia compartida. a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, b) Se evita el sentimiento de pérdida, c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.*

³⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 9/2016 de 28 de enero de 2016, Rec. 2205/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana (La Ley 2016, 1000) establece un sistema de custodia compartida de ambos progenitores respecto del hijo menor del matrimonio. La adaptación de este a la custodia materna no es significativa *por su edad, 9 años*, y porque puede ser perjudicial al impedir avanzar en su relación con su padre a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. No hay ningún motivo para privarle de compaginar la custodia entre ambos progenitores, siendo una medida favorable a su superior interés.

³⁹ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 753/2015 de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana, (La Ley 2015, 217833) establece un

sistema de custodia compartida a favor de ambos progenitores respecto del hijo menor del matrimonio por ser lo más beneficioso para este. Su adaptación a la custodia materna no es significativa por su edad, 3 años, y porque puede ser perjudicial al impedir avanzar en su relación con su padre a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. No puede privarse al padre de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de su hijo. Los cambios de domicilio son una consecuencia lógica de este tipo de guarda, no pudiendo ser un motivo para no establecerla. A falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, será por periodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12 en ambos casos si fuera festivo).

⁴⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2015 de 9 de octubre de 2015, Rec. 2842/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2015, 139509)

⁴¹ La consideración de que uno y otro han manifestado que quieren irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme a este interés, antes al contrario, provoca, o puede provocar, un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto, en una situación en que la edad de los hijos permite flexibilizar esta medida que, en sí misma, conlleva otras consecuencias con relación a la vivienda y a los alimentos, que no es conveniente modificar en la situación actual.

⁴² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 200/2014 de 25 de abril de 2014, Rec. 2983/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2014, 51101) Procede establecer un sistema de custodia compartida por ser lo más beneficioso para los hijos menores. No consta que ello suponga peligro alguno para los mismos. Ambos progenitores están capacitados para cuidarlos. No es obstáculo para establecer dicha custodia que los litigantes hayan rehecho su vida con nuevas parejas. No altera la forma de vida de los menores, ya adolescentes, dada la proximidad de ambos domicilios con el centro escolar. No es necesario que cambien de ambiente.

⁴³ Procede el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida por ambos progenitores. Es lo más beneficioso para el interés de los hijos menores. Durante año y medio este es el régimen que se ha venido desarrollando sin problema alguno. Es el más adecuado para el desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral de los menores y el más aproximado a la convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 761/2013 de 12 de diciembre de 2013, Rec. 774/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana, (La Ley 2013, 196575).

⁴⁴ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 495/2013 de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 118670)

⁴⁵ Pues bien, lo que la Sentencia dice es que tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que «esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para Pablo y Javier; ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos», añadiendo que «para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores».

La Sentencia omite que los hijos «tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos», sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre.

⁴⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 97/2005 de 14 de febrero de 2005, Rec. 3331/1998. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 2005, 35489) se atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija. Intervención necesaria del Ministerio Fiscal en defensa del interés del menor en todas las instancias del proceso. Audiencia de la hija por haber transcurrido, desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que pueda ser oída.

⁴⁷ SAP de Asturias, Sección 6.^a, Sentencia 236/2016 de 22 de julio de 2016, Rec. 304/2016. Ponente: Jaime Riaza García. (La Ley 2016, 122264)

⁴⁸ La Sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 142, 154 y 159 del Código Civil atribuyendo a la demandante la custodia del hijo común, determinando el tiempo, modo y lugar en que el otro progenitor podría tenerle en su compañía...

⁴⁹ En idéntico sentido la SAP de Murcia, Sección 5.^a, Sentencia 166/2016 de 19 de julio de 2016, Rec. 185/2016. Ponente: José Francisco. López Pujante. (La Ley 2016, 122124)

⁵⁰ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 546/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 734/2015. Ponente: María José Pérez Tormo. (La Ley 2016, 131799).

⁵¹ La custodia compartida acordada responde a las peticiones del actor en su demanda inicial, aunque en la Vista cambió su petición. Incluso ambas partes lo manifestaron así ante los profesionales del Gabinete psicosocial, el Ministerio Fiscal también lo solicitó y *los hijos comunes en sus exploraciones manifestaron que querían estar los mismos días con su padre y con su madre, una semana con cada uno de ellos, que se entendían bien con ambos y los dos se ocupan de ellos. Añadieron que cuando estaban con el padre echaban de menos a la madre.*

⁵² La SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 420/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 206/2016. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. (La Ley 2016, 122635).

⁵³ SAP de Córdoba, Sección 1.^a, Sentencia 362/2016 de 29 de junio de 2016, Rec. 1182/2015. Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez. (La Ley 2016, 116739).

⁵⁴ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 164433). Impugnación por la madre biológica de la resolución administrativa que acordó la suspensión del régimen de visitas con su hija menor en acogida. La competencia para suspender el derecho de visitas de los padres con un menor acogido corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin que sea posible la suspensión de este derecho por decisión administrativa. Mantenimiento de la medida en vía judicial en atención al interés superior de la menor. *Decisión motivada de no explorar a la niña durante el procedimiento teniendo en cuenta su situación y evolución así como las ventajas e inconvenientes de este instrumento de convicción.*

⁵⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1998, Rec. 1474/1994. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. (La Ley 1998, 6214).

⁵⁶ Existe un rechazo, aunque con razones propias de la edad (me remito a la prueba de exploración de la menor) a la figura de la abuela materna... Ahora bien, desde este punto de vista, tampoco es de apreciar como positiva la supresión total de las visitas, dado que ello evidenciaría que el conflicto sigue ahí, y toda desvinculación con un nexo familiar solo puede producir desarrollos negativos a la larga, aunque sin duda y debido a las circunstancias apreciadas tal régimen no puede ser tan laxo como pretende la abuela...»; La Sala «a quo» razona su decisión con base a la siguiente integración de su convicción, según su FJ 3.º: «...ninguna prueba avala la total ruptura de la relación propia entre la abuela materna y nieta. Los informes psicológicos aportados no evidencian de forma clara y contundente que las visitas de la abuela sean perjudiciales para la menor, ni que necesariamente haya de producir un daño para ella las referencias a la familia biológica materna de la que procede, pues como muy bien dice la juez» «toda desvinculación con un nexo familiar solo puede producir desarrollos negativos a la larga».

⁵⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1996, Rec. 3446/1991. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 1996, 7499). Versa el presente recurso sobre el régimen de visitas que reclaman los abuelos paternos del menor frente a su nuera, la madre del menor, en estado de viuda y, con anterioridad separada de su marido más tarde fallecido, padre del referido menor. La Sentencia recurrida que, por supuesto, no niega el derecho de los actores a relacionarse con su nieto revoca, sin embargo, el régimen de visitas que la Sentencia de primera instancia estableció que modifica por otro «más acorde con la situación» pues «atendiendo a máximas de prudencia y normalidad, es aconsejable establecer que los actores podrán visitar a su nieto y tenerlo en su compañía todos los jueves del año desde las dieciocho horas que será recogido en el domicilio de la madre, sea el habitual o el accidental en periodos vacacionales, hasta las veinte horas y treinta minutos del mismo día, que será retornado al mismo lugar en que se le recogió».

⁵⁸ Hemos utilizado el término *victimización* para referirnos a la audiencia del menor en el procedimiento o el inicio procedimental que puede ser traumática para el menor al volver a sufrir las consecuencias de la ruptura de pareja de sus progenitores y el cambio producido en su situación. Y para impactar al lector:

⁵⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales, en *La Ley*, año XXXIII, núm. 7956, 2 de noviembre de 2012, p. 5.

⁶⁰ Miles de niños pasan cada año por los juzgados en la UE por verse afectados por la crisis de pareja de sus progenitores. Según datos aportados por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE en su Informe sobre la situación de los menores de edad en los procedimientos judiciales, solo en 2010 y solo en once Estados miembros, cerca de 495.000 se vieron afectados por el divorcio de sus padres. Sostiene este Informe, que la justicia debe estar «más adaptada a la infancia» y que no se puede permitir que «los niños se sientan desconcertados o estresados cuando participan en procedimientos judiciales» o que «las audiencias sean traumáticas para los niños, tanto en los procedimientos penales como en los civiles», y conmina a los Estados miembros a «garantizar que los derechos de los niños en estas situaciones se respetan y se cumplen».